

**Aportes pedagógicos, sobre episodios jurídicos, que sirven para una comprensión del escenario nacional en el cual ha de desarrollarse la justicia transicional señalada en el Acuerdo final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera (2016)**

## **1. Introducción**

Según el Acuerdo de paz firmado entre el gobierno y la insurgencia habrá un nuevo sistema jurídico en Colombia, el de la justicia transicional, que quiérase o no, hará parte de la cultura jurídica nacional.

El motivo del presente ensayo es el de dibujar el espacio en el cual irá a operar, teniendo en cuenta la visión contemporánea según la cual quien expide la norma lo hace para ahora y para el futuro; mientras que quien la interpreta lo hace para ahora pero sin poder desprenderse de lo precedente porque los magistrados de las Cortes son controlados por las decisiones previas de magistrados y Cortes anteriores [\[1\]](#).

Se dirá que la justicia transicional debe ser totalmente independiente para que pueda funcionar. Es cierto, pero no hay sistemas jurídicos insulares. De manera que se requieren conocimientos de historia jurídica nacional para comprender un comportamiento judicial futuro.

Para ello se resaltarán, por ser ejemplos de extraordinarios impulsos que quedaron a medio camino, dos momentos importantes de la vida del derecho nacional: (i) lo acontecido en la década de 1930 cuando llegó a su punto más alto el modelo francés y (ii) los 16 primeros años de la Corte Constitucional que permiten visualizar la llegada de la cultura del precedente, propia del modelo norteamericano. Visualizados esos dos episodios, tanto en lo positivo como en las frustraciones, se puede trabajar con la hipótesis de que, en Colombia, ha existido una marcada inclinación a la asimilación de lo extranjero.

Irrumpe ahora la justicia para la paz, duramente atacada por los impulsores del NO en el plebiscito efectuado el 2 de octubre del presente año [\[2\]](#) y por quienes, con posterioridad a tal fecha, se hacen a la sombra de los ganadores.

Hay que seguir la consigna del mártir socialista Jean Jaurés: *Paz para la paz*. De ahí que la justicia transicional se debe defender ya que es el escenario para que aquella se logre.

Para estudiar un espacio jurídico surge de inmediato la inquietud: ¿cuáles son los límites de ese escenario?

Tradicionalmente se han señalado como límites de la justicia y el derecho, la aplicación de la ley en el tiempo y en el espacio. Esta es una postura sencilla consistente en la aplicación de las normas dentro de indicadores geográficos que simbolizan la nación, pero resulta que hoy existe la corriente del derecho universal porque el derecho se internacionalizó y porque el Pacto de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto de Derechos Sociales, Económicos y Culturales indican que todos ellos son inherentes a la persona humana, luego el derecho no siempre es únicamente la ley nacional

[3]

. Por consiguiente, un escenario limitado a un país, no es lo más apropiado. Otro límite sería el temporal, el de la vigencia de las normas, sin embargo, los tiempos cambian

[4]

y el tiempo, como “metaconcepto”, tiene significado diferente según las culturas

[5]

. Por consiguiente, los límites temporales tampoco son los más precisos.

En la delimitación también ha jugado la hermenéutica. En el método exegético fueron claves la lógica formal y el silogismo jurídico, con la ilusión de la búsqueda de la verdad. Con la llegada del positivismo, el objetivo del operador jurídico fue conocer con exactitud la validez de la norma, quienes actuaron así fueron ciegos ante las transformaciones sociales ya que lo que importaba eran los límites fijados en las reglas y en las codificaciones. Con el modelo norteamericano, la verdad y la validez son reemplazados por la evidencia, es una posición pragmática, sin embargo se hace caso omiso de las formas sociales provenientes de la contradicción antagónica entre capital y trabajo.

Otra respuesta sería que los sistemas jurídicos imperantes delimitan el escenario jurídico y esos sistemas, en el llamado mundo occidental, son el continental europeo y el anglosajón. Pero, podría decirse que un Estado puede tomar elementos de diferentes culturas jurídicas para nutrir su legislación y su jurisprudencia y, por consiguiente, los límites son difusos, máxime en un mundo globalizado.

En Colombia, la novedad es que el ACUERDO FINAL PARA LA TERMINACION DEL CONFLICTO Y LA CONSTRUCCION DE UNA PAZ ESTABLE Y DURADERA, firmado entre el gobierno y las FARC,

indica que el Estado tiene autonomía para conformar jurisdicciones o sistemas jurídicos especiales porque tiene soberanía y libertad de determinación.

Esto es evidente, no porque lo hubieren afirmado las partes que firmaron el acuerdo sino porque ello integra la concepción del Estado contemporáneo.

De todas maneras,  
*pacta sunt servanda,*

lo acordado no es una casa en el aire

sino una realidad propia, además pactar respecto a la paz es un poder explícito del Estado y si

para la paz se requiere una jurisdicción especial, no puede olvidarse que el Capítulo V del Título VIII de la Constitución Política de Colombia, permite las JURISDICCIONES ESPECIALES. Tal libertad de configuración tiene como

marco

la Carta de las Naciones Unidas, los principios del derecho internacional, el DIH, el Derecho Internacional de los derechos humanos, el Derecho Internacional Penal. O sea que el escenario jurídico

se enmarca dentro de la concepción de los derechos humanos con una visión universal. Visión que ahí está presente, inmutable,

pese a que en un cuestionado plebiscito una exigua mayoría hubiere lanzado un NO a lo acordado.

Dicho Acuerdo, como todos los textos y narraciones jurídicas, emplea las palabras **Justicia, Derecho,** té

terminos concordantes pero que en ocasiones pueden obstaculizarse entre sí.

En los mandamientos del abogado de Eduardo J. Couture, se indica que si hay conflicto entre justicia y derecho se luchará por la justicia, en el entendido de que la justicia es la fuente del derecho y teniendo en cuenta que el mismo Couture dice que hay que tener fe en la

**paz**

como “

*sustitutivo bondadoso de la justicia*

”.

Además, no se puede olvidar que

el nacimiento de los derechos subjetivos, como hoy los conocemos, se debió a que en la Baja Edad Media ya

no hubo confianza

en el postulado de dar a cada uno lo suyo

sino que se aceptó que lo central es que

las personas luchen por sus derechos

[\[6\]](#)

. Es decir que

la persona le exige al Estado el cumplimiento de lo prometido

en las normas jurídicas. Y, una de las principales obligaciones jurídicas del Estado (no

solamente del gobierno) es la de buscar la paz, esto no se puede opacar ni por los referendos hitlerianos, ni por plebiscitos manipulados por el miedo.

## 2. Hábito de asimilación

Se dice que las normas propias de una Nación no son totalmente autóctonas ya que tienen fuerte influencia extranjera.

Desde hace más de un siglo poderosos intereses económicos y dos sistemas jurídicos foráneos (el continental europeo y el anglosajón –en su vertiente norteamericana-) han incidido en la teoría y praxis del derecho en la república de Colombia.

En el Acuerdo para la Paz, protocolizado el 26 de septiembre de 2016, no se capta una influencia marcada de uno de esos dos sistemas, por el contrario, se nota la influencia de los Pactos y Convenios Internacionales sobre Derechos Humanos, que son normas de carácter global. Esta presencia de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos es mejor que lo anterior como tratará de demostrarse a continuación con referencias históricas.

En primer lugar, vale la pena mencionar ejemplos del peso de los intereses económicos en la primera mitad del siglo XX:

a. La codicia de los terratenientes expresada en el despojo de la tierra a los colonos violándoles los derechos de posesión con el beneplácito de las autoridades. No valían memoriales (herramienta empleada, entre muchos, por Jorge Eliécer Gaitán y Erasmo Valencia, en defensa de los campesinos de la región de Sumapaz

[\[7\]](#)

). La cultura de los memoriales es muy popular en Colombia. Razón tenía Bertolt Brecht cuando afirmaba: “

*Los pobres dependen totalmente de la justicia, mientras que los ricos dependen totalmente de la injusticia”*

[\[8\]](#)

Los atropellos violentos acontecieron también en los enclaves [\[9\]](#) .

b. Uno de esos enclaves fue el petrolero de la Standard Oil Company, una usurpación de la riqueza nacional acudiéndose a la figura jurídica de la concesión. Un vulgar intermediario, el señor Roberto De Mares, acompañado de aventureros extranjeros, logró una concesión en 1906; casi un millón de hectáreas cedió el Estado a los particulares en el Magdalena Medio; luego, en 1919, el presidente Marco Fidel Suárez autorizó el traspaso de la concesión a la Tropical Oil Company (fachada de la Standard Oil Company de Rockefeller); en ese mismo año la Standard gestionó la construcción del oleoducto (con la fachada de Andian National Corporation) y, paralelamente, se profirió una cuestionada sentencia en la Corte Suprema, el 21 de noviembre de 1919

[\[10\]](#)

, que prácticamente

viabilizó la entrega del subsuelo

[\[11\]](#)

. Detrás de estas componendas estuvieron los llamados

*abogados petroleros*

, con la complicidad de políticos corruptos y de funcionarios diplomáticos, de ahí que, según Diego Montaña Cuellar, “

*la Legación de Colombia en Washington desde 1919 a 1922 fue una agencia de la Standard Oil Company*

”, así lo dice Montaña en su libro

*Patriotismo burgués nacionalismo proletario*

[\[12\]](#)

.

c. Otro enclave, la zona bananera de la United Fruit Company. Repúblicas del Caribe fueron conocidas como las *repúblicas bananeras*, sinónimo de explotación, corrupción y muerte. Es conocida la *mas*

*acre de las bananeras*

que aconteció cuatro semanas después de que la Corte Suprema de Justicia, por sentencia de 13 de noviembre de 1928, (sin ponente conocido)

[\[13\]](#)

, viabilizó la intromisión indebida de la policía en problemas de “

*orden público*

”

[\[14\]](#)

con la tesis de que el Presidente de la República tenía poderes implícitos para hacerlo (según la sentencia, todo aquello que se halle implícito en la Constitución forma parte de ésta, de la misma manera que sus disposiciones expresas); agregó el fallo

que los Estados Unidos no permitirían la intromisión del comunismo en Colombia. Este es un ejemplo típico de cláusula de colonización jurídica

[\[15\]](#)

.

d. A lo económico se agrega, en la segunda mitad del siglo XX, el agresivo interés geopolítico



de los Estados Unidos. La guerra fría fue el telón de fondo para legislación represiva proferida durante el estado de sitio casi permanente y para la jurisprudencia que la viabilizaba

[\[16\]](#)

. Un ejemplo diciente fue la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de 11 de abril de 1967, al examinar el decreto 2686 de 1966

[\[17\]](#)

. La Corte consideró constitucional la vigilancia a los subversivos, el decomiso de imprentas y publicaciones sediciosas, la invalidez de los pasaportes de quienes viajaran a la república de Cuba, confinar en determinadas regiones del territorio nacional a las personas que atentaran contra la paz pública, medidas éstas que se disculpaban con una lectura reaccionaria del “derecho de gentes”

[\[18\]](#)

e. Desde finales de la década de 1960 el capital financiero impuso sus condiciones despreciativas de los derechos de los obreros. Por eso no fue extraño el comportamiento de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia que formalizó al extremo el recurso de casación, exigiendo la integración de una “

*proposición jurídica completa*

” como requisito para que las demandas de los trabajadores fueren admitidas, y permitiendo a partir del 28 de octubre de 1967 los “

*contrapliegos*

” patronales, golpe fuerte al derecho a la negociación colectiva y a la distinción entre conflicto económico y conflicto jurídico

[\[19\]](#)

. Principiaron entonces a discriminarse las reclamaciones basadas en el derecho colectivo del trabajo, favoreciéndose así a los empresarios, lo cual acentuó el conflicto social.

f. A partir de la década de 1990, llegó el modelo neoliberal y se adoptó como dogma la sostenibilidad financiera. Uno de los objetivos del neoliberalismo ha sido el de poner el derecho al servicio de los intereses económicos y esto, por supuesto, deriva en el recorte de los derechos sociales. Con la bandera del

*nuevo derecho*

se le dio entrada triunfal a un neocolonialismo jurídico donde la idea de

*Occidente*

(sea Europa, sean los Estados Unidos) es la idea de un derecho universal.

Ya no se trata de que los juristas nativos adopten lo de otro país sino que esos juristas piensen igual que los de la matriz occidental y quien no esté en ello es calificado como enemigo del pensamiento

moderno.

El “seguidismo” es muy frecuente entre los intelectuales. Carlos Marx, en el prólogo a la segunda edición de *El Capital*, al referirse a los economistas alemanes de la época, dice: “*Faltaba, pues, a la economía política, un terreno propicio. Esta disciplina se importó como mercancía elaborada en Francia e Inglaterra y los profesores alemanes no pasaron nunca de discípulos. La expresión teórica de una realidad ajena se transformó en sus manos en una colección de dogmas, interpretados de acuerdo con el común sentir del pequeño mundo burgués que les rodeaba; es decir, falsamente interpretados*”

[\[20\]](#)

### **2.1. Dos sistemas jurídicos en Colombia, como antesala de la universalización de los derechos humanos**

Antes de que tomara vuelo el derecho universal, *Occidente* incidió en Colombia mediante sus dos principales sistemas jurídicos. Hay que aclarar que a la hora de sentenciar la mayoría de los operadores jurídicos no indagan dentro de cual sistema jurídico trabajan. Un ejemplo de ello, la sentencia de la Corte Constitucional C-461 de 2013 que estudió el artículo 17 del Código Civil, un artículo aparentemente

anodino pero muy importante que ordena:

*“Las sentencias judiciales no tienen fuerza obligatoria sino respecto de las causas en que fueran pronunciadas. Es, por tanto, prohibido a los jueces proveer en los negocios de su competencia por vía de disposición general o reglamentaria”*

,  
esta norma es

copia del artículo 5º del Código Civil Napoleónico, base del modelo francés, como expresión de la división tripartita de los poderes públicos. Pues bien, la Corte Constitucional ni siquiera tuvo en cuenta que ahí estaba un pilar teórico del modelo francés y lo declaró exequible

*“bajo el entendido de que no impide la existencia de efectos erga omnes y extensivos en sentencias*

*que deciden las acciones constitucionales”;*

es decir, hace una mezcla del modelo francés con el modelo norteamericano de la cultura del precedente jurisprudencial, para poder imponer la hegemonía de la interpretación que hace la Corte Constitucional en las acciones constitucionales de control constitucional y de tutela.

[\[21\]](#)

El sistema continental europeo, especialmente el modelo francés, es formalista, iluminado por el Código Civil Napoleónico y la ilusión gala de ser el faro ideológico de occidente. Fue acogido con entusiasmo por la incipiente y naciente burguesía colombiana a mediados del siglo XIX

[\[22\]](#)

y principios del siglo XX. Lo francés tuvo influencia preponderante en el derecho civil y en el derecho administrativo, no así en el derecho penal y en el derecho constitucional.

En las últimas décadas, paralelamente con el avance neoliberal, se ha acudido al sistema anglosajón. Se fue imponiendo la economía de mercado y la inclinación ha sido el modelo norteamericano, teniendo como ejes el sistema penal acusatorio con su principio de oportunidad, la oralidad y la doctrina del precedente jurisprudencial. Este viraje no solamente ha modificado

el esquema jurídico sino la misma configuración del Estado.

Lo anterior permite plantear como tesis que no ha existido una marcada autenticidad en la producción jurídica colombiana, y que esta circunstancia ha sido un obstáculo para que la justicia del país contribuya decididamente en la identificación nacional y en el logro de la justicia social. La pluralidad de sistemas jurídicos, uno tratando de sustituir al otro, no ha solucionado los problemas de la sociedad colombiana, sino que los ha empeorado ya que el cambio se viene operando dentro de un capitalismo salvaje.

Los seguidores del sistema jurídico continental europeo no han controvertido con énfasis lo traído de Norte América en los últimos veinticinco años

[\[23\]](#)

, por el contrario se han acomodado a uno de las principales rasgos de dicho modelo: el carácter vinculante de la jurisprudencia. Con el empleo del computador la reiteración de la jurisprudencia se tornó normal y significa un menor esfuerzo requerido para decidir casos similares. Brota silvestre el temor reverencial de los jueces de inferior categoría frente a los razonamientos de las llamadas Altas Cortes. Son muy pocos quienes se atreven a disentir y si lo hacen no es extraño que el aparato judicial los aisle por el mecanismo de las calificaciones sobre la cantidad y calidad de las sentencias, calificación hecha por los magistrados de las Altas Cortes sobre la producción de los magistrados de tribunales y de los magistrados de tribunales respecto a los jueces de inferior categoría.

Hay que reconocer que el sistema jurídico continental europeo que se expresó durante casi dos siglos en el comportamiento de la Corte Suprema de

Justicia, del Consejo de Estado, de los distritos judiciales y en la antigua enseñanza del derecho en Colombia, dio respuestas legales, en muchos casos, pero, al mismo tiempo hay que recordar, por ejemplo, que los pronunciamientos de los antiguos juzgados civiles del circuito que conocían de los procesos de mayor cuantía, especialmente en materia de propiedad inmueble rural, contribuyeron al sostenimiento de una estructura casi feudal. Además, se degeneró en el **fetichismo de la ley**

Ahora, al remplazarse por el sistema anglosajón, debido especialmente a la cultura del precedente impulsada por la Corte Constitucional con el apoyo irrestricto de la academia, los problemas sociales continúan

y se

ha caído

en

el

**fetichismo de la jurisprudenci**

a

[\[24\]](#)

que lleva al activismo judicial, con

proyección

hacia

la ciencia jurídica, ya que

el tema de las fuentes del derecho, tan del agrado de los teóricos,

ha desplazado al tema práctico

de fondo: la teoría y la praxis de lo justo que es lo que reclama el ciudadano común y corriente.

Ese activismo judicial que ha llegado a extremos inauditos ha tenido en Colombia un itinerario interesante:

(i) En los primeros años de funcionamiento de la Corte Constitucional cuando se resolvía la causa que daba motivo a una petición de amparo, en ocasiones, se hacían “

*llamados a prevención*

”, permitidos por el artículo 24 del decreto 2591 de 1991

[\[25\]](#)

para que no se volviera a incurrir en acciones u omisiones que dieran mérito para interponer otra u otras

tutelas;

(ii) A partir de 1997, invocándose el “*estado de cosas inconstitucional*” se daban, en sentencias de tutela, órdenes generales para evitar que

se congestionara el trabajo en los despachos judiciales ya que la prosperidad en un caso llevaría a la presentación de numerosas solicitudes por asuntos similares, para evitar eso se decidía generalizando sobre determinado tópico, argumentándose que ello desarrollaba la relación armónica que debe existir entre las tres ramas del poder público (artículo 113 de la C.P.)

[\[26\]](#)

;

(iii) Ultimamente, en temas de importancia, casi se puede afirmar que pasa a lugar secundario el caso concreto, se expiden “

*reglas*” y “*subreglas*”

, no solamente en los fallos de tutela sino en los de inconstitucionalidad

y las determinaciones son tan

universales que da la impresión de que se expidieran normas por parte de los magistrados, y que la justicia fuera selectiva examinando a profundidad únicamente los “

*casos estratégicos*”

o

*certiorari*

.

Pese a que en la cultura jurídica nacional existen elementos prácticos y teóricos que pueden permitir una contradicción creadora entre lo anterior (sistema jurídico continental europeo) y lo que ha querido imponerse (modelo norteamericano), la verdad es que eso no se va a profundizar ni en la Corte Constitucional, ni en la Corte Suprema de Justicia, ni en el Consejo de Estado, ni en la Fiscalía General de la Nación, ya que a esas corporaciones no les conviene un método dialéctico porque están inmersas dentro del hábito tradicional de la asimilación de lo foráneo (doctrina del precedente jurisprudencial es el nuevo elemento de asimilación)

[27]

. Además, la casi totalidad de las facultades de derecho le tienen terror a la lógica dialéctica, la moda es hacerle más caso a la jurisprudencia que a la ley y no les interesa enfrentarse al pensamiento único y a las entidades que monetariamente auspician investigaciones.

No se puede ocultar que ha tenido eco la cultura del precedente jurisprudencial, restándole importancia a las normas que expide el Congreso. No es extraño escuchar que hay que esperar a ver qué decide la Corte Constitucional no solamente en la parte resolutive de sus fallos (que se publicita a través de comunicados de prensa), sino del texto completo de la decisión con una parte motiva que se conoce semanas después y que incluye parámetros que son tenidos como inmutables; ejemplo reciente, el fallo sobre el plebiscito que significó un respaldo a la política de paz, pero ese fallo también es expresión de la consolidación de la jurisprudencia como fuente de normas más que como fuente de derecho. Se ha olvidado

que la Constitución de 1991 determinó que la jurisprudencia es fuente auxiliar y que la propia Corte Constitucional, en la sentencia C-131 de 1993, declaró inexecutable la obligatoriedad de su jurisprudencia. Pese a lo anteriormente expresado, hay que enfrentar la realidad de que la Corte Constitucional está expidiendo normas, no porque lo permita la Constitución sino porque los ciudadanos, en algunos casos, ante la impotencia de tomar decisiones adecuadas (ejemplo, el triunfo del NO en el plebiscito) dejan el futuro en pocas manos (élite judicial), como si se tratara de un juego de lotería y se estuviere a la espera de las determinaciones de la Corte Constitucional, para ganar o perder en definiciones que, generalmente, deberían ser tomadas por el pueblo. Es imprescindible analizar la misión de esos tribunales que son “órganos cierre” de su jurisdicción, ha llegado la hora de analizar si ese evidente cambio en la teoría del derecho y en la teoría del Estado se puede tomar de buenas a primeras. Esto es algo muy serio y no es oficio de tahúres.

La pregunta actual es si normativamente debe ser implementado el Acuerdo de paz firmado solemnemente el 26 de septiembre 2016 entre el gobierno y las FARC, con la creación de un Sistema Integral de verdad, justicia, reparación y no repetición, como fundamento de la justicia transicional y que fija unas reglas de juego muy claras, pese a la no aprobación plebiscitaria a la pregunta “*¿Apoya usted el acuerdo final para terminar el conflicto y construir una paz estable y duradera*”.

Por supuesto que puede ser implementado porque deben ser desarrolladas la búsqueda de la verdad, el acceso a la justicia, la obligación de reparar ya que son principios que hacen parte de la Constitución colombiana y del llamado principio de convencionalidad (propio de la Convención Americana de Derechos Humanos), y la no repetición de la violencia es un deber ser de la sociedad.



Sería lamentable que la propuesta de la justicia transicional naufragara. Como también lo sería que esa etapa de la justicia transicional se convirtiera en un episodio mecánico, como aconteció en

la transición de la violencia liberal-conservadora

en los 16 años del Frente Nacional (1958-1974), cuando el aparato judicial, en todos sus niveles, se repartió paritariamente entre liberales y conservadores sin que la coexistencia de juristas

de las dos vertientes políticas hubiere significado una conjunción creadora o una importante confrontación

ideológica en el escenario jurídico nacional, sino

que, por el contrario, derivó en clientelismo. Eso es explicable porque después de lo acontecido el 9 de abril de 1948 y después del triunfo de la revolución cubana las oligarquías liberales y conservadoras, se unieron para conformar un

**bloque hegemónico**

y por eso la ideología burguesa convivió con el pensamiento feudal, y los capitalistas industriales y financieros actuaron conjuntamente con los latifundistas para defender sus privilegios. Pero, actualmente, la situación es diversa,

se ve palpable el enfrentamiento entre la propia burguesía y las estructuras del latifundio y por consiguiente no hay explicación plausible para que se atasque la jurisdicción para la paz pactada entre el sector más caracterizado de la burguesía y el movimiento guerrillero más fuerte del país.

También sería peligroso que orgánica y operativamente la jurisdicción para la paz quedara como dependencia del aparato judicial o que, por una exageración de la cultura del precedente, los dos actores que firmaron el acuerdo de paz pasaran a ser objeto de teorías jurídicas artificiosamente elaboradas. La academia es una extraordinaria colaboradora, sin embargo, es el pueblo quien da las soluciones a problemas que son muy graves y que exigen determinaciones no siempre gratas [\[28\]](#).

### 3. De lo abstracto, el derecho, a lo concreto: los derechos

Lo más importante no es la lucha por el derecho, sino la lucha por los derechos.

El punto central para el pueblo colombiano es el de hacer cumplir concretamente y no en términos abstractos los derechos humanos. No solamente los derechos a la vida y la dignidad

[\[29\]](#)

, los derechos de libertad y los derechos de igualdad, sino con el mismo énfasis los derechos sociales, especialmente salud, trabajo, educación y pensiones. Y, para eso están los jueces, para hacer respetar los derechos de las personas, no para esquivar su cumplimiento, sobre todo los derechos laborales y de la seguridad social, prueba de ello la importancia de la producción jurisprudencial cuando en la década de 1930 y en los primeros años de funcionamiento de la Corte Constitucional se humanizó el derecho y cómo perdieron prestigio tanto la Corte Suprema y luego la Corte Constitucional cuando abandonaron la garantía de los derechos de los trabajadores.

Existe escepticismo en un sector grande de la población por el comportamiento del actual poder judicial ya que pareciera que se preocupara especialmente por los intereses de las élites (mantenimiento de estructuras económicas muchas veces injustas) o por factores extraños a administrar justicia, como por ejemplo, nombramiento de funcionarios, lucha por los ascensos, entrega de resultados cuantitativos pisoteándose la

solución equitativa de los conflictos. Otros, por el contrario, consideran que los jueces no solo son personas que defienden su puesto de trabajo, sino que tienen vocación de servicio usando para ello los instrumentos normativos, nacionales y extranjeros, la jurisprudencia y la doctrina y que, en el ejercicio de su cargo, se es proclive a un aislamiento y a no ver la problemática social. Ambos criterios pecan por reduccionistas y exigen análisis más profundos e históricos.

Como se indicó anteriormente, respecto a la producción jurídica colombiana, en cuanto trascendiera a la teoría de los derechos más que a la teoría del derecho, se habla mucho de dos épocas: la de la Corte Constitucional en sus 16 primeros años de funcionamiento y la de la Corte Suprema de Justicia de 1935 a 1940. Existen motivos para sustentar esta visión optimista, pero no se puede llegar a la exageración ya que si se hace un examen a fondo pueden surgir algunas sorpresas.

Antes de hacer referencia a la Corte Constitucional, habrá que analizar cuál fue la meta de los juristas en la calificada como época brillante de la Corte Suprema de Justicia durante el gobierno de López Pumarejo (1934-1938).

### 3.1. Década del treinta

La década de 1930 se caracterizó por una legislación que en su momento se consideró avanzada (al menos dentro del pensamiento burgués, con algunos rasgos de progresismo social), por una jurisprudencia muy conocida de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, por gobiernos presidenciales importantes (Olaya Herrera, López Pumarejo, Eduardo Santos), en una sociedad colombiana cuya intelectualidad vio con buenos ojos al socialismo y una conservadora clase aldeana que, pese a los gobiernos liberales, no podía desprenderse de sus costumbres católicas, aunque algunos de los pensadores conservadores fueron defensores de los derechos sociales. Esto último no era extraño porque, inclusive en Europa,

“*La reforma político-social fue emprendida por una pluralidad de movimientos de pensamiento (conservadores recelosos que pretendían la pacificación social; movimientos cristianos, socialistas o no; socialistas de cátedra, movimientos socialistas reformistas que sin renunciar a sus objetivos revolucionarios presionaban a los poderes públicos para que mejorasen las condiciones de vida y trabajo de las clases trabajadoras, etc.)*”

[\[30\]](#)

A lo cual se sumaba el socialismo jurídico de Anton Menger, “*Pero importa señalar que en el socialismo jurídico de Menger, en su idea de penetración de los principios socialistas en el derecho privado, no solo se otorgaba un importante papel a las fuentes estatales sino que también se concedía un lugar fundamental a la jurisprudencia como técnica jurídico social específica al servicio de los ideales socialistas en la construcción y aplicación del Derecho social*”

[\[31\]](#)

Pues bien, para entender lo acontecido en la cúpula judicial colombiana durante el cuatrenio 1934-1938, e inclusive hasta el año 1939, es necesario remontarse a la década del veinte, cuando surgió la generación de *Los Nuevos*, conformada mayoritariamente por liberales

(algunos masones) que van a ser determinantes en la formación del pensamiento político y jurídico del país.

Varios

harán

parte del gobierno reformista

de López Pumarejo en la década del treinta y otros conformarán el partido comunista

colombiano. Algunos de

quienes hicieron parte de Los Nuevos, fueron: Alberto Lleras Camargo, Germán Arciniegas, Rafael Maya, José Enrique Gaviria, León De Greiff, Luis Vidales, José Mar, Jorge Eliécer Gaitán, Gabriel Turbay, Moisés Prieto, José Umaña Bernal, Ricardo Rendón, María Cano, Hernando De la Calle.

[\[32\]](#)

.

En cuanto a la producción legislativa, en aquella época hubo reformas importantes, se pueden mencionar:

- La expedición del Código Judicial, Ley 105 de 1931 [\[33\]](#) , sobre organización judicial y procedimiento civil, aunque el Libro Tercero (arts. 1498 y ss.) se refirió al enjuiciamiento en negocios criminales. El objetivo del Código fue poner orden y centralizar el derecho procesal para que fuera coherente en todo el país.

- La Ley 33 de 1935 y decreto 1714 de 1936, sobre división territorial judicial [\[34\]](#) , jugando al mantenimiento del aparato burocrático provincial.

- La Ley 28 de 1932 sobre régimen patrimonial en el matrimonio, que afectó a más de 50 artículos del Código Civil, estableció la libre administración y disposición de los bienes y la ficción de una sociedad conyugal que se materializa al liquidarse; esta ley fue aprobada después de extensos debates que se le dieron al proyecto elaborado especialmente por Luis Felipe Latorre. La ley contó con 31 votos a favor, en el senado. Votaron en contra los

conservadores Laureano Gómez, Arias, Cepeda, Gómez Estrada, Portocarrero, Suárez, Valencia, Villegas, Perilla, ellos argumentaron algunas razones religiosas pero también dijeron que votaban en contra porque eso significaba implantar, en Colombia, costumbres y aspectos de la vida sajona.

- Las leyes 1ª de 1932 y 50 de 1936 sobre pensiones (antecedentes de la ley 6ª de 1945).

- La Ley 45 de 1936 sobre derechos de los hijos naturales, otro golpe duro a la “*sociedad machista*”.

- La Ley 200 de 1936, conocida como ley de tierras que ha sido deliberadamente enaltecida, siendo que se prestó, en ocasiones, para legitimar la usurpación de los terratenientes.

- Con similar orientación a la anterior (grandilocuente en el discurso pero engañosas en el momento de la verdad) las leyes sobre petróleos: ley 37 de 1931 y ley 160 de 1936, esta última en su artículo 10 dice: “ *Es de propiedad particular el petróleo que se encuentre en terrenos que salieron legalmente del patrimonio nacional con anterioridad al 28 de octubre de 1873 y que no hayan sido recuperados por la Nación por nulidad, caducidad, resolución o por cualquier otra causa legal*”.

- La Ley 94 de 1938, Código de Procedimiento Penal. [\[35\]](#)

Sobre la jurisprudencia de la llamada Corte de Oro de López Pumarejo el principal observador de ella fue un jurista conservador, Francisco Tafur Morales. Fue él quien primero habló del NUEVO DERECHO, dándole un contenido social. El nuevo derecho, en la década de mil novecientos treinta, era muy diferente a ese nuevo derecho de moda en el siglo XXI. El nuevo derecho tenía, en

aquél entonces,  
la dimensión humanista. Dice el doctor Tafur Morales:

*“... El sincrónico desenvolvimiento de la norma y del fenómeno social da el por qué de la formación de un nuevo derecho: el motor de explosión, la máquina, la gran industria, la acumulación de población en grandes núcleos urbanos, la subyugación de las fuerzas naturales, la solidaridad en las condiciones de trabajo, la revolución de los medios de comunicación, en una palabra, la completa modificación de las condiciones sociales y económicas del mundo, provocó una quiebra de los principios jurídicos tradicionales y determinó la necesidad de un derecho al orden del día”.* [\[36\]](#)

En todo caso, el referente fue el derecho francés, lo dialéctico: quienes abogaron por ello, al mismo tiempo cuestionaron el código civil colombiano (copia del francés).

Existió en la década de 1930 un movimiento muy fuerte que buscaba la reforma al Código Civil. Tuvo como puntos de apoyo la desactualización de sus normas, la crítica a la Escuela de la exégesis del derecho civil, la desmitificación de la codificación porque condujo a la confusión del derecho con la ley.

[\[37\]](#)

El propio Ministro de gobierno, Carlos Lozano y Lozano, formuló a expertos juristas doce inquietudes sobre temas civiles

[\[38\]](#)

. Eduardo Zuleta Angel, en una conferencia pronunciada en la Facultad de derecho de la Universidad Nacional, expresó: “

*Mi tesis sobre la reforma del Código civil es muy clara y muy concreta: en mi sentir, no solamente es indispensable, sino que es urgente la reforma”.*

[\[39\]](#)

Ese gran jurista de la burguesía colombiana, Eduardo Zuleta Angel, a finales de la década de 1930, se viene lanza en ristre contra el Libro Segundo del Código Civil, que es el fundamento del derecho de propiedad. Dijo lo siguiente en una conferencia en la Universidad Nacional, facultad de Derecho:

*“Hay una materia en la cual, por desgracia, no podemos aprovechar ni poco ni mucho, la doctrina europea, ni sus instituciones jurídicas; debemos hacer todo lo contrario; debemos corregir el error enorme del legislador colombiano y del legislador chileno, error consistente en haber creído que bastaba una mala adaptación de las instituciones jurídicas europeas, para regir la materia de los bienes; corregir ese error haciendo el grande y enorme esfuerzo de crear allí, si, un derecho propio, un derecho autóctono, un derecho que tenga diferencias con el derecho europeo, como son grandes las diferencias geográficas, sociales, económicas, históricas, en esa materia, porque no puede ser regido por un legislador de origen europeo, en materia de bienes, un país en donde el origen de la propiedad son las adjudicaciones de baldíos, hechas recientemente o en tiempo de la Colonia; en donde no se tiene un mapa de la República donde se puedan localizar las propiedades particulares, donde los linderos, en la mayor parte de los casos, son inidentificables sobre el terreno; donde se presentan problemas entre el que alega el carácter de baldío y el que alega la propiedad del terreno; donde se presentan conflictos entre el propietario y el colono;... en un país de esas condiciones, la legislación sobre los bienes es imposible que sea siquiera parecida a la legislación sobre los bienes de países como Francia y Alemania, donde no hay una pulgada de tierra inculta, donde no hay una propiedad que no esté cercada y cuyos linderos sean conocidos.... Es imposible que sean siquiera análogas las instituciones sobre la propiedad y la posesión en un país europeo y en los países suramericanos ”.*

[\[40\]](#)



Esta forma de pensar, acorde con la *Revolución en marcha* de López Pumarejo, buscaba distanciar la incipiente burguesía de su histórico enemigo ancestral: el personaje feudal que basa su poder en la tierra, el ganado y las minas y no en la industria y las finanzas.

Zuleta Angel no propuso un modelo alternativo, no dijo si se inclinaba por la función social de la propiedad o por un sistema cooperativo o por la prevalencia de la propiedad real sobre la propiedad inscrita o por un modelo agrícola en manos de grandes empresas.

La corriente mayoritaria que abogaba por la modificación del Código Civil, se inclinaba por la expedición de normas [\[41\]](#), propósito que a veces iba ligado a una visión clasista. Por eso, Carlos Lozano y Lozano planteaba la necesidad de las convenciones colectivas de trabajo, cuestionando el individualismo proveniente de la “autonomía de la voluntad”.

Y

Gustavo Serrano Gómez, dijo:

*“Las clases sociales, burguesía, pequeño burguesía y proletariado, son tres manifestaciones exactas de la vida colectiva, caracterizadas por circunstancias esencialmente distintas. Estas circunstancias, que son el propio y peculiar modo dentro del cual se perfilan aquéllas, ha labrado una división tan nítida que la sociedad actual se halla en trance de verificar una revisión de las leyes civiles, a fin de equilibrar las situaciones que comportan cada una de las clases sociales..... Dentro de los últimos años el congreso patrio ha dictado una serie de leyes de índole económico-social,*

*leyes todas que han nacido del clamor popular  
y que se han dirigido todas  
a la defensa del hombre indefenso”*

[42]

Existió otra corriente de adecuación mediante el aprovechamiento de la jurisprudencia. Se pensó que al Código lo adecuaría la jurisprudencia de la Sala de Casación Civil colombiana. Manuel Enrique Puyana dice:

*“ Son numerosas las sentencias que la Corte Suprema ha proferido acerca de las flamantes teorías jurídicas del abuso del derecho; del fraude a la ley; del enriquecimiento sin causa; del riesgo; de las nuevas fuentes de obligaciones; de la humanización del trabajo; de protección a quienes contratan en condiciones de inferioridad económica; de la presunción de culpa; de la nulidad como protección y no como castigo; de la imprevisión y otras, y todo ello citando disposiciones del Código Civil, que no ha sido valla para la asimilación y adopción de modernísimas doctrinas. ...”*

[43]

El exponente más claro de esta corriente es Tafur Morales, lo expresa en su magnífico libro *Nueva Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia*

Fue una vanguardia progresista, acorde con el desarrollo capitalista de la época. Esa Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia inició labores en 1935. Estuvo integrada por liberales, por un marxista Juan Francisco Mújica, quien hizo parte del Comité Central del Partido Comunista, y por algunos conservadores

[44]

. Dicha Corte

desarrolló una de las tareas más difíciles: humanizar parte del derecho civil. Lo interesante de los magistrados liberales es que varios de ellos (Antonio Rocha, los Zuleta Angel) fueron educados por monseñor Carrasquilla, dentro de la escolástica, y sin embargo su formación va a ser útil para afianzar el pensamiento

liberal. El cuestionamiento a la escolástica no se da desde el idealismo kantiano (básico para afianzar las revoluciones burguesas)

[45]

. Se puede decir que la característica de los liberales, frente a la teoría jurídica fue la de preferenciar el derecho de libertad y la adecuación del título del Código Civil sobre contratos, por eso es extraño que su paradigma no estuviere en Kant.

También son muy importantes los aportes del marxista

Juan Francisco Mújica, no solamente en las sentencias de casación sobre temas agrarios, sino sus pronunciamientos en sentencias de constitucionalidad, como por ejemplo la proferida el 25 de septiembre de 1937 sobre orden público económico, en ella planteó

la distinción entre derechos fundamentales y garantías institucionales (artículos 25, 26 y 30 de la Constitución de ese entonces) y explicó que el derecho no es lógico sino económicamente ético; también es de resaltar

su salvamento de voto a la sentencia del 25 de noviembre de 1935, sobre servicio militar obligatorio, salvamento en el cual lo acompañó Antonio Rocha y ellos dos dijeron, entre muchos razonamientos, que el derecho de igualdad real está implícito en la palabra República y que “

*el servicio militar es obligatorio*

(en Colombia)

*para una clase de ciudadanos, para la más infeliz, que, dentro de nuestra nomenclatura de castas, popularmente se llaman peones”;*

en escritos diferentes a los fallos, Mújica defendió a la clase proletaria. En aquél entonces el derecho

laboral estaba en sus albores. La influencia fue preferencialmente del mexicano Mario de la Cueva.

Un exponente

de este pensamiento

en Colombia fue Adán Arriaga Andrade, ministro en el segundo mandato presidencial de López Pumarejo, personaje clave en la creación del Instituto de los Seguros Sociales (tuvo su inicial planteamiento durante el gobierno liberal y se concretó en el gobierno conservador de Ospina

Pérez); Arriaga Andrade

fue prácticamente el puente entre los dos gobiernos para que la ley se aprobara

[\[46\]](#)

En esa misma época fue muy llamativa la postura de Luis Eduardo Nieto Arteta quien con cierto optimismo habló de la nacionalización de la legislación que surgió al finalizar la arcaica economía colonial.

El planteamiento de Nieto Arteta está resumido en la introducción del libro *La Nueva Jurisprudencia de la Corte*, publicado en 1939, cuyo autor es Francisco Tafur Morales, quien dijo lo siguiente:

*“Para ubicar históricamente el cambio de legislación y desentrañar su honda raíz sociológica, sondea el doctor Nieto Arteta el sentido íntimo del desarrollo del derecho y de la ciencia jurídica nacionales, tomando como punto de partida la Legislación de Indias. Esta legislación que representa un traslado a América del derecho español –síntesis del derecho romano y del derecho germano-, informa la economía colonial, armonizando las contradicciones de su doble abolengo. Hacia el año de 1810, y con el movimiento emancipador se adopta el derecho político francés. Pero se adopta formalmente, pues el derecho español perdura como forma de la todavía subsistente economía colonial. La crítica de esta economía, crítica que había encontrado su primera expresión en los ensayos del Precursor (Antonio Nariño) y de Camilo Torres, se precisa con toda nitidez hacia el año de 1860. El pensamiento sociológico nacional toma entonces posesión de sí mismo y produce una concepción jurídica nacional, definitivamente anticolonial y antiespañola. El aniquilamiento de la economía colonial (extinción de diezmos, desamortización de los bienes de manos muertas, sustitución del sistema tributario colonial, etc.) explica*

*históricamente*

*la adopción del derecho francés (Código de Cundinamarca)*

*como conjunto de normas jurídicas*

*adecuadas a la nueva economía comercial y manufacturera de la Nueva Granada. A partir de 1860, en virtud del desarrollo económico*

*propiciado por las reformas anticoloniales, se crea la economía nacional”*

[\[47\]](#)

A continuación, Tafur Morales trae unas apreciaciones que pueden ser más de él que de su amigo Nieto Arteta y que van en contravía de la satanización que actualmente se le hace a la Constitución de 1886. Dice:

*“El descubrimiento objetivo de las bases de la organización nacional es la misión histórica de la Regeneración. Esta se legitima así históricamente. La condición central de la organización nacional es la nacionalización de la legislación, la eliminación del federalismo anárquico de Rionegro y la definición no utópica de las libertades individuales. La Regeneración rechaza la identificación del derecho y la ley en que había incurrido la teoría jurídica del liberalismo individualista”.*

Regresando al examen de lo acontecido en la década del treinta y al propósito de modificar sustancialmente el código civil, fundamento de los estudios jurídicos en ese entonces, hay que decir que el propósito de ilustres juristas fracasó, el Código se mantuvo incólume, luego la meta defendida con argumentos fuertes no se consiguió, como irá a quedar también en la mitad del camino el brioso despegue jurisprudencial de la Corte Constitucional que nació por la Constitución de 1991.

### 3.2. Mitad del siglo XX

Después de la segunda guerra mundial y dada la influencia de los ideólogos franceses que abogaron por un acercamiento entre los marxistas y la filosofía burguesa tardía, los juristas de orientación liberal principiaron a perder entusiasmo por la garantía de los derechos sociales, lo cual explica una de las causas de la posterior violencia en Colombia. Al finalizar el siglo XX, los trabajadores están peor que antes (el golpe de gracia lo dio la ley 50 de 1990), los pensionados vieron disminuidos sus derechos a partir de la ley 100 de 1993, y los temas de género y expresiones del libre desarrollo de la personalidad pasaron a ser de actualidad cada vez mayor.

Retrocediendo un poco, desde la mitad del siglo XX y, prácticamente, hasta la caída del Muro de Berlín, la situación se resume así: con el gobierno conservador y luego con los gobiernos del Frente Nacional y dentro del contexto de la guerra fría, la jurisprudencia en materia de derechos de libertad de locomoción, de prensa, de conciencia, de pensamiento político, etc., responde al espíritu restrictivo del estado de sitio casi permanente.

Por otro aspecto, en cuanto a los intelectuales del partido conservador, después del régimen liberal (1930-1946), tuvieron ellos un pensamiento basado en la orientación de la iglesia católica. Los ideólogos del conservatismo oscilaban entre: (i) el cuestionamiento a la “*libertad inmoderada*”, el cumplimiento fiel de lo que enseñaran el Papa y los obispos y el desprecio por el derecho moderno, todo ello con fundamento en la Encíclica *Inmortale Dei* (1885); y (ii) la doctrina social expresada en la *Rerum Novarum* (1891). Generalmente, los políticos preferenciaban la *Inmortale Dei* y los magistrados la *Rerum Novarum*.

También se inclinaron por un socialismo *sui generis*, conservadores como José Camacho Carreño [\[48\]](#)

, seguidor de Manuel María Madieto (escritor cartagenero, fallecido en 1888, pensador ultracatólico, autor, entre otros, de *Socialismo Filosófico*, *Ciencia Social*; atacaba la propiedad privada por ser el origen de todas las desgracias).

Tanto liberales como conservadores fueron admiradores de la teoría normativista de Hans Kelsen. “El imperio de la ley” era la consigna. En Colombia no se dio lo que aconteció en Cuba, en las décadas de 1970 y 1980, donde combatieron el normativismo, sin caer en la apología de las decisiones judiciales. Julio Fernández Bulté, el gran decano de la facultad de derecho de la universidad de La Habana, después del triunfo de la revolución cubana, en su libro *Filosofía del derecho*, comenta la táctica para romper el cuello de botella del normativismo a ultranza:

*“En este sentido subrayamos lo siguiente: es un plan que abandona esquemas positivistas, formalistas, kelsenianos, y pretende elevar nuestro Derecho a sus cumbres científicas, sentar y recoger doctrina, buscar de la misma no solo guía interior de nuestras soluciones, sino además puente fecundo del camino de **nuestra integración cultural americana**” (*

lo resaltado fuera de texto)

[\[49\]](#)

### 3.3. La Constitución de 1991 [\[50\]](#)

Termina la guerra fría. En Colombia, se expide una Carta de derechos en la Constitución de 1991, se crea la Corte Constitucional y, lo principal, se consagra la acción de tutela que fue el poder de los sin poder hasta cuando principia a convertirse en una realidad virtual por el acudimiento a la disculpa

de la improcedencia para los temas de contenido laboral

[\[51\]](#)



Durante los primeros 16 años de la Corte Constitucional la jurisprudencia fue garantista respecto a la protección de los derechos sociales, pese a que inicialmente se adoptó la teoría genética de los derechos, ubicando a los derechos sociales como de segunda generación. Sin embargo, a medida que pasó el tiempo, la Corte Constitucional cambió de parecer.

Es interesante resaltar que a finales de julio de 2008 en una semana se produjeron tres grandes sentencias. Fueron recibidas con alborozo, son mencionadas constantemente, pero no se ha analizado a profundidad la otra cara de la moneda de esos tres fallos y por qué demuestran una ruptura del comportamiento jurídico anterior. Son ellas:

- T-752, sobre pensiones. Un extenso discurso retórico para sostener lo ya aceptado en la teoría y en pactos internacionales, que la pensión es un derecho fundamental. Sin embargo, de buena fe, la sentencia contiene una de tantas estocadas contra la tutela, al reseñar escuetas causales de procedencia de la tutela, siendo que las normas (decreto 2591 de 1991, artículos 5 y 6) proyectaban la procedencia de la acción de tutela como principio general y las causales eran para la improcedencia. No se trata de un juego de palabras. En efecto, expresamente se estableció en la Constitución, como regla general, la protección a los derechos fundamentales, por eso, en el artículo 5° del citado decreto 2591 se reiteró la procedencia de la tutela (basada en los dos primeros incisos del artículo 86 de la C.P.), y, para salvar la antinomia que planteó el inciso tercero de dicha norma constitucional, en el artículo 6° del mencionado decreto se habla de unas taxativas CAUSALES DE IMPROCEDENCIA. Dentro de las causales legales de IMPROCEDENCIA, se estableció, en tal artículo, que la tutela operaba siempre y cuando no existiera otro medio judicial de protección, pero la norma precisa (ahí se le dio solución a la antinomia) que el mecanismo judicial pertinente se aprecia EN CONCRETO dentro de las circunstancias del caso a examinar, viendo cuál acción judicial es

la más efectiva

para la inmediata protección de los derechos fundamentales; así se trabajó la acción de amparo durante más de 15 años. Resulta que

en el siglo XXI,

la existencia de otro medio judicial se aprecia EN ABSTRACTO, como generalidad y, es obvio, que hay otras acciones judiciales

que dejan a la tutela convertida en un saludo a la bandera.

Sin ningún respaldo normativo, hoy la jurisprudencia no habla de causales de improcedencia, sino de

CAUSALES DE PROCEDENCIA, muy pocas

por cierto. Se

ha escamoteado así

la razón de ser del artículo 86 de la Constitución

y del decreto 2591 de 1991, reglamentario de la tutela.

- T-760 de 2008. Es alabada dicha sentencia porque dijo, de una vez por todas, que la salud si es un derecho fundamental. Eso está muy bien. Pero le señaló un nuevo rol al juzgador: el de *monitoreador* de políticas públicas, lo cual es muy discutible

[\[52\]](#)

. Y, de paso, restringió la protección tutelar. Según las propias palabras de la jurisprudencia en la sentencia T-760 de 2008: “

*... el derecho a la salud supone obligaciones de tres tipos, obligaciones de (i) respeto, obligaciones de (ii) protección y obligaciones de (iii) cumplimiento (denominadas también de garantizar). La Sala de Revisión advierte que actualmente*

*existe una discusión abierta en la jurisprudencia y la doctrina con relación*

*a cuáles son las obligaciones que se derivan de un derecho fundamental. Existe un relativo acuerdo en lo que se refiere al tipo de obligaciones*

*que estarían comprendidas en las dos clasificaciones*

*iniciales, las obligaciones de respetar y de proteger, pero no así con la última.*

***Las obligaciones de cumplir, denominadas por algunos autores***

***como de garantía, de asegurar o de satisfacer, no se han caracterizado de forma pacífica***

***”.***

De ahí que pocos años después se llegara al incumplimiento de los derechos laborales estipulados mediante norma, bien sea legal o convencional.

- T-765 de 31 de julio de 2008. Un estudio muy completo sobre el poder vinculante de la jurisprudencia. Poder vinculante que se entiende como obligatorio. Posición acogida por la casi totalidad de la rama judicial, no tanto por el convencimiento equivocado de que se puede dejar de lado la Constitución cuando determina que la jurisprudencia es fuente auxiliar, sino porque se ubica en el computador la jurisprudencia en modelos de sentencias que generalmente recortan los derechos de índole laboral. Valga un solo ejemplo, en un tema recurrente en la tutela, el de las pensiones. Una abundante y garantista jurisprudencia fue radicalmente modificada, es así como:

- a. Se afectó la pensión gracia (sentencia C-741/12);
- b. Se negaron, mediante el procedimiento de tutela, las pensiones convencionales de los trabajadores de Ecopetrol (sentencia T-718/11);
- c. Se modificó la jurisprudencia que protegía las pensiones convencionales de los trabajadores de las ESEs (sentencia SU-897/12);
- d. Se declaró constitucional el decreto 4121 de 2011 sobre COLPENSIONES (sentencia C-965/12); lo cual viabilizó la desaparición del ISS;
- e. Se señaló, en la sentencia T-353 de 2012, una nueva condición para el régimen de transición (haber estado el interesado desempeñando el cargo protegido por el régimen especial, el 1° de abril de 1994);

f. Con la disculpa del derecho a la igualdad, se desprotegen los derechos adquiridos de los pensionados dándosele retroactividad a lo restrictivo, y con el planteamiento del “derecho viviente” se dejaron sin efecto sentencias ejecutoriadas, se señalaron condiciones gravosas para tener acceso al régimen de transición, se modificó la manera de tasar la mesada en el régimen de prima media con prestación definida, en otras palabras, se sentaron las bases para el desmonte del régimen público de pensiones (sentencia C-258/13).

g. A finales de julio de 2014, la SU-555 le dio golpe de gracia a las cláusulas convencionales sobre pensiones, como se explicará posteriormente [\[53\]](#).

#### 4. Apreciación puntual respecto al cambio de modelo

En las instituciones jurídicas, tan importante como expedir la norma es interpretarla y, en esta función, hay un acercamiento a la misión legislativa.

Hoy, en Colombia, se ha llegado a la ambigüedad de que *“La decisión judicial, al atribuir sentido al derecho a partir de valoraciones debidamente razonadas por el tribunal supremo, revela una creación no solo por hacer surgir algo que no preexiste a la interpretación, o que deriva lógicamente de la ley, sino también por ser una expresión de la voluntad del Poder Judicial”*

[\[54\]](#)

¿Por qué y desde cuándo se ha impuesto la doctrina del precedente en nuestro país, haciéndolo con postura extrema?

Sería tapar el sol con las manos si se hiciera caso omiso de la trascendencia de la cultura del precedente porque se afectaría la igualdad en el trato interpretativo y porque las tecnologías de la información y de la comunicación divulgan en segundos las jurisprudencias que contienen expresa o tácitamente la norma y expresamente su interpretación. Pero eso no quiere decir que hay vía libre para darle entierro de pobre al modelo jurídico continental europeo, central en la historia colombiana y vigente aún en la mayor parte de los países Iberoamericanos.

La jurisprudencia se expresa mediante razonamientos. Desde la Ilustración todo tiene que hallar su justificación en la razón. En las sentencias la razón figura en la argumentación. Surgen, entonces, las líneas jurisprudenciales que sirven de precedente para las decisiones posteriores.

Bajo la óptica de las **conductas** adoptadas por los juzgadores ante el precedente, habría lo siguiente:

- *El juez puede estar obligado simplemente a tener en cuenta la decisión anterior como parte del material en el que puede basar su decisión”, [55]*
- *El juez “puede estar obligado a resolver el caso de la misma manera en que fue decidido el caso anterior salvo que tenga razones válidas para no hacerlo” [56],*
- *El juez está obligado a “resolverlo de la misma manera en que se decidió el caso anterior, a pesar de tener buenas razones para no hacerlo [57]”.*

Sea lo que fuere, radicalizar la obligatoriedad del precedente es dudar de su esencia persuasiva, es como si la teoría normativista ya no fuera para la ley sino para la jurisprudencia, es convertir a ésta en estática cuando su esencia es dinámica.

En Colombia, ha surgido la inclinación (antes no era así [58]) de tener a la jurisprudencia como obligatoria, de manera que la expedición de la norma pasa a lugar secundario. Es el modelo que se quiere imponer casi a las malas, aunque hay que reconocer que muchos puntos de dicho modelo son dignos de estudio.

En el caso norteamericano, podría decirse que un método histórico (fallar en materia constitucional teniendo en cuenta el pensamiento de los Padres Fundadores de los EEUU), fue remplazado a finales del siglo XIX por una jurisprudencia analítica (análisis de los numerosos casos), basada en el “complejo metodológico” (método científico-experimental-inductivo, con la premisa de que el derecho es una ciencia) [59], que luego se convirtió en jurisprudencia de conceptos (quizás, por eso, actualmente se habla de líneas), pero que corría el peligro de ser una jurisprudencia mecánica, es decir, algo intocable, repetitivo, que pareciera ser lo que las Altas Cortes colombianas quisieran impone

Paralelamente se ha venido desarrollando el activismo jurídico, donde el intérprete es un **actor** que interpreta lo que ha escrito un **autor** (legislador), interpretación que enriquece o desvirtúa el texto normativo.

En ese activismo judicial el intérprete o actor no siempre está en conformidad con lo que dice el autor; “

*La importancia dada a la creatividad de un actor implica que puede ver en el papel potencialidades que el autor del papel no vio: va más allá del autor e incluso, quizás, en contra de su intención. Del mismo modo, el razonamiento para la moderna interpretación constitucional y para el control judicial es que los jueces modernos pueden ver en las generalidades de la Constitución potencialidades que los autores no vieron, que van más allá de su intención y que incluso son quizás contrarias a ésta”*

[60]

Ronald Dworkin, sumo pontífice en las facultades de derecho de las universidades colombianas, desde finales del siglo XX, abogó por un juez constitucional activo.

Dworkin dice que

la Constitución establece conceptos, no concepciones, que el concepto no tiene importancia, es una cuestión moral, mientras que “

*formular mi*

*concepción de la justicia, responde a ella”*

[\[61\]](#)

. Buena parte de los constitucionalistas del país creen lo que enseña Dworkin. “

*El enfoque de Dworkin sobre la sentencia constitucional obviamente*

*da al juez considerable poder independiente de la dirección constitucional sustancial”.*

Ese

juez constitucional es quien determina el contenido de los conceptos constitucionales.

En este discutible planteamiento, las decisiones

de un Tribunal Constitucional

se tornan superiores a las decisiones del legislador e inclusive del constituyente.

Ha acontecido en Colombia que el normativismokelseniano, al finalizar el siglo XX y principios del actual, tiene

como contradictor a la cultura del precedente. Es

decir, un enfrentamiento entre el texto de la ley y el texto de la jurisprudencia (que sueña con ser totalizante, como si los movimientos populares no existieran). Por eso, no se puede estar desprevenido porque puede acontecer que se tenga confianza en lo que la ley dice, pero, en Colombia, con el tal derecho viviente que se quiere imponer en los últimos años, los magistrados pueden decir cualquier cosa.

Por más que muchos juristas han hecho todo lo posible para que se adopte en nuestra patria el pensamiento único, expresado jurídicamente en la doctrina del precedente, la verdad es que no se puede olvidar que “

*El juez puede estar obligado simplemente a tener en cuenta la decisión anterior como parte del material en el que puede basar su decisión”*

[\[62\]](#)

.



En la actualidad, dada la necesidad de proferir sentencias en gran cantidad, el juez adopta modelos de fallos en los cuales se copia y pega jurisprudencia, sin ningún rigorismo científico, sino simplemente para justificar el cumplimiento cuantitativo que se le señala al funcionario judicial. Además existe el temor del juez o tribunal inferior de contradecir a su superior en materia argumentativa [\[63\]](#) .

Conviene recordar que el precedente jurisprudencial es una proposición jurídica que se recoge en pocas palabras, elaborado por la cultura jurídica de un país. No es conveniente ni históricamente explicable que de un momento a otro se modifique una línea justa, bien sea porque llega un nuevo magistrado con ideas o compromisos ligados a su designación, bien sea porque los detentadores del poder económico, empleando muchas veces los medios de difusión que son de ellos, presionen una determinada solución, bien sea porque la ideología dominante implique determinadas decisiones.

El aprovechamiento de la jurisprudencia debe incidir en el progreso de la garantía de los derechos, no olvidando que lo importante no es interpretar sino transformar para lograr lo justo. El progreso social, el progreso jurídico, se logra por el trabajo conjunto de hombres, no de una élite.

Si es la élite judicial la que presume que está señalando las conductas de los asociados, se arriba a un

activismo judicial desmesurado.

No sobra repetir que en Colombia, desde finales del siglo XX, adquirió mucha ascendencia el activismo judicial. Un activismo que en Estados Unidos, “

*En los años 70 parecía ya difícil que algún asunto pudiera escapar a la intervención de algún juez federal en alguna parte para establecer el derecho aplicable”*

[\[64\]](#)

“Derecho aplicable” que no escapa a la tentación de adquirir cada día más poder. Por supuesto que hay contradictores, por eso, en Estados Unidos, han acusado al Tribunal Supremo de “haber cometido actos tiránicos durante el período del *laissez-faire*”.

[\[65\]](#)

El notable historiador Eric Hobsbawm, es muy duro al juzgar la institucionalidad norteamericana, califica a la Constitución de Filadelfia como un corsé que se mantiene por la exégesis de los magistrados, una especie de teólogos de la república, que expresan sus opiniones en forma “talmúdica”.

El intérprete autorizado es un generador de conocimiento, eso es sano, sin embargo, lo prudente es salirle al paso a dos inconvenientes grandes que han surgido:

a. **Universo de simples usuarios.** Miles de jueces, litigantes, estudiosos del derecho y ciudadanos se convierten en simples usuarios de lo que señalan los generadores de conocimiento.

Es interesante ver cómo las tecnologías de la información y la comunicación, TIC, en una etapa muy elemental, pueden llevar a un universo de simples USUARIOS. Esto lo explica el Modelo TAM: Modelo de Aceptación Tecnológica.

Es dentro de este modelo simplista que se está moviendo la política judicial colombiana. Por eso ya existen formatos de sentencia, que se emplean en los juzgados y tribunales, formatos que incluyen generalmente argumentos en contra de los derechos de los trabajadores, de los pensionados y de los luchadores sociales.

b. La **ideología**. El segundo inconveniente es que si el intérprete responde a la ideología neoliberal, (lo cual es común, en la actualidad) entonces, el derecho queda capturado por la economía de mercado y se deshumaniza por completo. Este último peligro se visualiza con claridad por el giro que tomaron varios países a raíz de la crisis económica de 2008

[\[66\]](#)

Con o sin esos inconvenientes, la verdad es que la jurisprudencia, en especial la de la Corte Constitucional, contribuyó a crear una estructura muy fuerte respecto a la doctrina del precedente.

Para lograr ese enorme poder de las decisiones, en la Corte Constitucional se acude a elementos estructurales que no son de poca monta.

El garantismo inicial de la jurisprudencia constitucional en Colombia, paradójicamente permitió que, a través de los años, se estructurara un marco teórico-práctico en cuyos cuatro costados se encuentran:

i) En una de las columnas, como elemento vertebral, el derecho a la igualdad de trato en la interpretación (lo cual deriva en la reiteración de jurisprudencia); algo muy sólido, respaldado por el artículo 13 de la actual Constitución.

ii) La otra columna la constituye el acudimiento obligado a las nuevas tecnologías, útiles y fáciles, que reproducen con rapidez lo ya consignado en el sistema computarizado y viabiliza mecánicamente la reproducción de la jurisprudencia, es un indiscutible

elemento objetivo.

iii) Desde la iniciación de la producción de la Corte Constitucional, el techo del marco, por diversas circunstancias, fue el activismo judicial, calcado de lo norteamericano, acompañado del propósito de un pensamiento único en una sociedad globalizada.

iv) Como consecuencia o como exageración de ese activismo, en la base del marco que hoy sustenta en Colombia la cultura del precedente, fue tomando cuerpo el efecto vinculante que se le ha venido dando a la jurisprudencia, pese a que la Constitución dice que la jurisprudencia es una fuente auxiliar (artículo 230 Constitución Política) , que el juez es autónomo (artículo 228 Constitución Política) y que la misma Corte dijo en la sentencia C-131 de 1993 que era inexecutable la obligatoriedad que el artículo 23 del decreto 2067 de 1991 le había dado a la jurisprudencia constitucional.

Pues bien, durante un buen tiempo, la Corte Constitucional produjo innumerables sentencias orientadas a la protección de los derechos fundamentales. Como era de esperarse, paralelamente al fortalecimiento de los derechos se desarrolló el fortalecimiento del marco, que vino a caracterizar la cultura del precedente o doctrina del precedente jurisprudencial. Pero aconteció que, en los últimos años, especialmente en la década de 2010, el marco se tornó inmutable pero se cambió el contenido. Lo grave de esto es que el

### **garantismo inicial**

de la jurisprudencia de la Corte Constitucional (producido, especialmente, en la década de 1990 y principios de este siglo) fue sustituido en los últimos años por consideraciones de índole financiera,

y, entonces, la jurisprudencia

**no garantista de la actualidad**

paradójicamente queda blindada por un marco

estructural que se elaboró cuando sí se protegían los derechos fundamentales, en especial los sociales

[\[67\]](#)

No era difícil prever que al marco conceptual garantista que facilitó la estructura de la cultura del precedente se le retiraran los contenidos humanistas. Fue una ingenuidad no sospechar que eso ocurriría, siendo que el capitalismo salvaje, pragmáticamente tomó de la mano el modelo jurídico norteamericano y lo ubicó en nuestro país, no solo como expresión del pensamiento único, sino como demostración del desprecio por lo que antes hubiere existido.

La situación se torna aún más compleja a raíz de la crisis del 2008. El sistema adopta la estrategia de proteger al victimario, es decir, al capital financiero causante del descalabro. Consecuencia práctica, el recorte de los derechos de los trabajadores y de los pensionados. Lo anterior se da en un contexto global donde las nacionalidades principian a tener más fuerza que los estados y en donde la “*bancanización*”

quiere sustituir el HOMO SAPIENS

por el HOMO ECONOMICUS. Estas realidades

plantean, inclusive, el interrogante de si se está en un momento de crisis de la civilización. La respuesta coyuntural

ha sido la tradicional unión

del poder económico con el poder político adicionada, ahora, con

sectores que determinan el funcionamiento

del aparato judicial. En esta perspectiva, el antecedente

jurisprudencial (no la cultura del precedente) se torna útil para el modelo económico imperante porque sin necesidad de acudir a

procedimientos parlamentarios, una sola sentencia de la Corte Constitucional, con una mayoría

de cinco firmantes, puede modificar cualquier cosa, con novedosas pero discutibles tesis, apoyadas mediáticamente.

Como se aprecia, la producción jurídica nacional tiene la tendencia instintiva a estar orientada por patrones externos, según la ideología de las élites o de los compromisos económicos; con respaldo retórico poco democrático.

Se dirá que la ciencia jurídica es universal, y que como estamos inmersos en la llamada civilización occidental y en el mundo globalizado, no hay escape para que los países latinoamericanos que antes se llamaban del tercer mundo, puedan apartarse del derecho elaborado en Francia y Estados Unidos, especialmente. Pero, esto es discutible, salvo que se le tenga miedo a lo propio.

Quitarle el contenido garantista a la acción de tutela en los temas laborales y de la seguridad social podría ser el ejemplo de que el temor se impone y las injusticias vuelven a estar en el orden del día.

Hay quienes siguen pensando que Colombia vive en un Estado Social de Derecho y que la jurisprudencia de la Corte Constitucional es la única que vale la pena. Quizás hubo algo de

razón durante 16 años cuando la tutela fue la joya de la corona de la Constitución de 1991 y los derechos fundamentales si eran protegidos en la práctica, mediante sentencias que se cumplieran. La acción de tutela fue lo de mostrar en la producción jurídica nacional.

La verdad es que pese a la Constitución de 1991 y a su extenso catálogo de derechos y de principios, la violencia se acrecentó, los paramilitares impusieron su voluntad, se vivieron años de autoritarismo; la organización del Estado continuó dependiendo de la democracia de baja intensidad, la cual se ha tergiversado por el dominio de los poderes económicos y por el poco respeto que se tiene a los derechos de las minorías políticas; en otras palabras, una democracia formal es acompañada de neoliberalismo, intolerancia y escasa educación política en gruesos sectores de la población.

Con el paso del tiempo la economía de mercado derrotó a los derechos, el capitalismo salvaje creció a sus anchas. El neoliberalismo que nació como teoría económica, a finales del siglo XX ingresó a la estructura del Estado y es ahora ideología en amplias capas de la sociedad, con el apoyo irrestricto de las tecnologías de la información y las comunicaciones. Tal entorno no es el mejor para garantizar los derechos humanos, dentro de los cuales están los derechos sociales.

Es cierto que durante 16 años los jueces de instancia y la jurisprudencia de la Corte Constitucional garantizaron, sin mayores obstáculos, los derechos fundamentales y Colombia adquirió prestancia a nivel internacional, precisamente por la jurisprudencia en las sentencias de tutela. Pero, en los últimos años, con sutil estrategia, se está quitando de en medio al garantismo.



Se ha perdido la confianza en la Constitución de 1991 porque sin tutela efectiva pierde validez histórica el cambio que se le hizo a la institucionalidad colombiana. Es injusto considerar a casi todas las solicitudes de amparo de los

**trabajadores**

como “improcedentes” y no analizar si se han violado o no los derechos fundamentales de contenido laboral. Esto ha venido ocurriendo masivamente. Los medios de difusión y la academia soslayan esta realidad.

Y se ha ido mucho más allá, en la desprotección del derecho colectivo del trabajo. Ejemplo concreto de lo anterior es la sentencia SU- 555 de 2014, ya citada anteriormente. En ella, la Corte Constitucional dejó por el suelo las cláusulas de las convenciones colectivas, en el tema pensional, pese a Recomendación expresa de la OIT. La mayoría de los magistrados, aunque reconocieron que las Recomendaciones del Comité de Libertad Sindical de la OIT son de “*obligatorio cumplimiento para el Estado*”, entran luego a desarrollar aquello de que se obedece pero no se cumple porque establecieron:

*“No obstante, ello no quiere decir que las autoridades nacionales no conserven un margen de interpretación de las mismas para determinar su compatibilidad*

*con el ordenamiento constitucional y para la adopción de las medidas concretas”,* lo concreto fue que negaron la aplicación de cláusulas convencionales vigentes con la peligrosa tesis del margen de apreciación.

En el salvamento de voto a esa injusta sentencia, la SU-555 del 24 de julio de 2014, tres magistrados (Ernesto Vargas, María Victoria Calle, Jorge Iván Palacio) dijeron:

- *“Hoy, paradójicamente, la Corte Constitucional presenta un ciclo involutivo en la realización efectiva de las libertades de asociación, de sindicalización, de negociación colectiva y de acceso a la seguridad social”,*
  
- *“la mayoría de la Corte con esta decisión retrocede inmensamente en las garantías laborales alcanzadas”,*
  
- *“Con la presente decisión se ha borrado de un tajo el precedente constitucional.... Ello implica dar una marcha atrás respecto de los niveles de realización alcanzados en los derechos laborales por más de veinte años”,*
  
- *“Las conquistas alcanzadas por los trabajadores con las convenciones colectivas se desmontan, impidiendo crear nuevos espacios de negociación”. [68]*

Se está diluyendo lo que surgió en la década de 1990: una nueva idea de Constitución, unos nuevos derechos, un nuevo lenguaje, razonable más que racional, una nueva Corte, la Constitucional, que desafortunadamente ha dejado de ser garantista.

Se le tiene temor a la producción propia. No se quiere permitir la construcción de un derecho nacional [69] .

Las opiniones que se han dado tienen que ver con la compleja estructura jurídica colombiana, en un entorno difícil, por la nueva retórica que puede ser muy llamativa pero carece de respaldo democrático. Si a lo anterior se agrega el neopositivismo lógico y el neoestructuralismo, la confusión es mayor. Por eso no es extraño que sean algunos intelectuales de izquierda quienes ayudan a proyectar el modelo norteamericano en Colombia.

En este escenario, un consecuencialismo de contenido económico, desplaza al humanismo (en cualquiera de sus fuentes, liberal, conservador, marxista).

Mientras no haya un debate sobre el sistema jurídico que Colombia requiere, se gira alrededor de sentencias de coyuntura.

El camino está abierto para algo más serio, que supere la consigna de que el derecho lo hacen los jueces. Se debe buscar un remedio a la pésima experiencia que ha dejado el neoliberalismo. Se está ante la posibilidad de conformar un pensamiento crítico y tener como objeto del conocimiento el Derecho (descolonizado y desmercantilizado) y no solamente la legislación o la jurisprudencia.

Para ello hay que comenzar por reconocer que la teoría y praxis del derecho en Colombia ha sufrido

un cambio radical. El planteamiento de Ferdinand Lasalle sobre los factores de poder, como elementos estructurales de una Constitución, está revaluado; quizás siga haciendo parte del discurso político, pero no de la teoría y praxis constitucional, tan es así que a Lasalle no se lo ha citado ni una sola vez en las casi cincuenta mil sentencias que ha proferido la Corte Constitucional colombiana. Tampoco lo citó la Corte Suprema cuando tenía el control de constitucionalidad. En Europa poco lo mencionan. Pensar hoy que con expedir un texto constitucional y las normas que lo reglamentan quedan blindados los temas que la norma incluye, es una opinión apresurada.

En un país de exageraciones como es Colombia no es prudente el activismo del juez Holmes, quien fue Presidente de la Suprema Corte de Estados Unidos. El, en el caso *South Pacific Vs. Jensen*, 1917, 244 US, dijo “*Reconozco sin vacilación alguna que los jueces no solo legislan sino que deben legislar*”. Quizás es más conveniente el criterio del Juez Frankfurter, también del Tribunal Supremo, quien dijo : “*La piedra angular de la constitucionalidad es la Constitución misma, y no lo que nosotros decimos con respecto a ella*” (Caso *Graves Vs. New York*, 306 US).

Ante estas realidades, la respuesta no puede ser regresar a lo anterior. Tampoco puede ser olvidar lo anterior, por eso se ha dicho que la justicia transicional no puede ser insular, aunque deba ser independiente. El respeto a la memoria es un acercamiento a la verdad.

Estudiar el pasado permite visualizar el futuro. En el pasado hay muchas experiencias, buenas y malas. Ha habido errores. En mi modesto parecer una equivocación ha sido el recorte de los derechos laborales y de la seguridad social hecho por la jurisprudencia, pese a la existencia de normas que, aun siendo poco favorables para trabajadores y pensionados, no son tenidas en cuenta. Y otra equivocación, en mi sentir, es no darle igual trato a las tres grandes familias de los derechos (de igualdad, de libertad y los DESC), puesto que no se puede preferenciar alguna de ellas a costa de las otras; y si la que se afecta o se minimiza

es la familia de los Derechos Sociales Económicos y Culturales, se corre el peligro de perder el respaldo popular.

Dos

ejemplos

muy concretos de lo anteriormente

expresado: El primero, en Inglaterra, Wiston Churchill pierde las elecciones realizadas inmediatamente después de finalizada la segunda guerra mundial. Cualquiera pensaría que uno de los artífices de la victoria en una guerra mundial contaría con el respaldo popular. Pues no. ¿Por qué? Ese Primer Ministro inglés publicitó el 1º de diciembre de 1942 el Informe Beveridge (

*Social insurance and allied services*)

pero no cumplió nada respecto a los temas de la seguridad social y el pueblo lo castigó por esto. El otro ejemplo: el de la Constitución de Weimar, expedida en esa ciudad de Alemania, lejos de la influencia de la clase obrera; aunque el texto constitucional consagró, por primera vez en el mundo los DESC, la verdad es que se tuvieron como derechos simplemente programáticos y el fuerte partido comunista alemán consideró que eran tibios reconocimientos frente al avance que en ese momento tenía el proletariado; eso derivó en una situación muy conflictiva. La llamada República de Weimar fracasó y vino luego el ascenso del fascismo

## 5. Un adicional sistema jurídico, el de la justicia transicional

El desafío es conjugar dialécticamente la costumbre de la asimilación (en el entendido de la necesidad de justicia para los hombres y mujeres, sin distingo de nacionalidad) con el experimento de una justicia transicional que tiene como eje a las víctimas y como finalidad la paz.

A primera vista, lo pactado entre el Estado y la insurgencia en el ámbito del derecho y de los derechos no es ni será indiferente, tiene líneas gruesas detectables que dibujan un esquema jurídico ligado a propósitos nacionales:

a. Se plantea acercamiento del derecho internacional de los derechos humanos a la realidad del conflicto armado en Colombia sin caer en coloniaje ideológico;

b. se aboga por una legislación nacional para la paz dándole preponderancia a la verdad sobre el esquema positivista y kelseniano de la validez de la norma y sobre la “evidencia” (conjunción de la creencia con el conocimiento); Capítulo ACUERDO SOBRE LAS VICTIMAS DEL CONFLICTO.

c. Se crea el Sistema Integral sobre Verdad, Justicia, Reparación y no repetición. Esclarecer la verdad es útil para reconstruir la confianza. Un objetivo de la búsqueda de la verdad es saber qué pasó para que no vuelva a pasar jamás.

d. Se reitera, permanentemente, la política de inclusión, como expresión del derecho a la igualdad [70]. Aunque en el fondo se trata de un igualitarismo con rasgos del Programa de Gotha de Ferdinand Lasalle, es explicable el planteamiento porque muchos colectivos han sido dejados de lado por los gobiernos, antes y después de la Independencia, porque el derecho a la igualdad fue expulsado de la Constitución en 1886, porque al resucitar el derecho de igualdad en 1991 el acudimiento en demandas de inconstitucionalidad se refiere especialmente a temas tributarios. Por ello, es justo que ahora en el Acuerdo se le da preferencia a los colectivos de habitantes del campo [71]. La política es la de inclusión y el ejercicio de una cultura política bajo la **perspectiva humanista**, de igualdad y solidaridad.

e. Se establece un aparato de justicia que puede hacer tambalear, en su conjunto, algunas costumbres de los operadores jurídicos tradicionales que han llevado a la justicia del país a sitios poco decorosos, a formalismos engorrosos y a recorte de los derechos de los trabajadores y de los pensionados.

f. Respecto a los derechos, dentro de las medidas de reparación integral para la construcción de la paz, el Acuerdo incluye lo correspondiente a los derechos a la restitución, indemnización, la rehabilitación, la satisfacción y la no repetición, y la reparación de los colectivos más afectados por el conflicto y más vulnerables. “

*Con este fin, se fortalecerán los mecanismos existentes*

*y se adoptarán nuevas medidas  
y se promoverá el compromiso de todos con la reparación del daño causado*  
”.

Por lo tanto, como ya se indicó anteriormente, las pautas están dentro de los parámetros de las Naciones Unidas, expresada en Pactos y Convenciones [72] .

Valgan, por último, estas consideraciones adicionales respecto al sistema que recién se propone:

- La justicia transicional surge después de la segunda guerra mundial y tiene desarrollo en la década de 1980. Se define así:

“  
*La justicia transicional se refiere a aquellos procesos de transición de una dictadura a una democracia o de un conflicto armado a la paz, en los que es necesario equilibrar las exigencias jurídicas (garantías de los derechos de las víctimas a la verdad, justicia, reparación y garantía de no repetición) y las exigencias políticas (la necesidad de paz) que requieren dichas transiciones” (*  
<https://es.wikipedia.org/wiki/justicia>  
...).



- Para que exista confianza respecto a la no repetición se acude a la exigencia de la verdad, que no tendría, propiamente, una connotación filosófica sino finalística. Por eso, en la práctica, se ubica la búsqueda de la verdad en la llamada Comisión de la verdad con proyección investigativa, no judicial [\[73\]](#) y, paralelamente, se establece una jurisdicción especial.

- La jurisdicción para la paz ejerce funciones judiciales de manera autónoma y preferente sobre los asuntos de su competencia, en especial respecto a conductas consideradas como graves infracciones al Derecho Internacional Humanitario o graves violaciones de los Derechos Humanos.

Tienen como órgano cierre de tal jurisdicción el denominado Tribunal para la paz que se preocupará, especialmente, por una justicia restaurativa.

- Según el Documento de la Comisión de Prevención del delito y Justicia Penal de la ONU, se entiende por JUSTICIA RESTAURATIVA todo proceso en que la víctima, el delincuente, y cuando proceda, cualquier otra persona o miembros de la comunidad afectados por un delito, participen conjuntamente de forma activa en la resolución de cuestiones derivadas del delito, por lo general con la ayuda de un facilitador.

Ahora, unas opiniones personales, sobre temas en los cuales se ha insistido después del 2 de octubre de 2016. Estas modestas opiniones tendrán en cuenta lo que el Acuerdo indica y las experiencias jurídicas que ha habido en Colombia:

**Primera.** Está en discusión si esa jurisdicción especial es inconstitucional. No pareciere. Además, en los momentos coyunturales el comportamiento colombiano ha sido extraconstitucional. En efecto: la mayor parte de las reformas constitucionales se han hecho, en Colombia, contrariando las normas vigentes. Así aconteció con la Constitución de 1886 cuando Núñez designó a los 18 integrantes del cuerpo constituyente; con el Plebiscito de 1957, convocado mediante dos decretos de estado de sitio (que la Corte Suprema dijo que era “*derecho revolucionario*” que escapaban a control); con la Constitución de 1991, también con fundamento en decretos de estado de sitio que la Corte Suprema declaró exequibles. Lo paradójico es que las reformas constitucionales, durante los gobiernos de López Michelsen y de Turbay Ayala, sí se hicieron según el mandato constitucional y la Corte Suprema las declaró inexecutable.

**Segunda.** Se habla de hacer un segundo plebiscito. La figura del plebiscito no está dentro de la norma constitucional actual como instrumento para reformar la Constitución. Sin embargo, en 1957 se efectuó un plebiscito sin autorización constitucional y para la Constitución de 1886, Núñez convocó previamente a un **plebiscito de municipalidades** que sirvió de sostén para la Asamblea Constituyente.

[74]

Plebiscito de municipalidades que tendría asidero, dentro del contexto de la democracia participativa establecida en la Constitución de 1991, porque, por ejemplo, mediante el mecanismo de los cabildos abiertos perfectamente se pueden proyectar en todas las ciudades y municipios de Colombia unos plebiscitos de municipalidades que exijan el cumplimiento de lo pactado para la búsqueda de la paz.

**Tercera.** En los últimos días, la Corte Suprema de Justicia dice que está de acuerdo con la jurisdicción para la paz pero pide reformas a lo acordado. Es una opinión. Parece muy difícil que se presente un diálogo futuro entre las diferentes jurisdicciones, pese a que la cosa juzgada de algunas sentencias pronunciadas por las jurisdicciones ordinaria y administrativa pueden quedar en entredicho, lo cual plantea la inquietud de si esas decisiones se caen por no haber sido soluciones jurídicas correctas. Pero no se puede olvidar que el diálogo entre jurisdicciones ha acontecido en países de la antigua Europa Oriental.

**Cuarta.** Está el tema de la implementación de los acuerdos. Se supone que el ejecutivo y el legislativo **implementarán** no solo lo acordado sino la política de paz porque es un derecho y un deber obligatorio (art. 22 C.P.), deber que implica propender por aquella (art. 95 C.P.). Los operadores de la justicia transicional **aplicarán** lo acordado e implementado; si hay diferencias o surgieren situaciones imprevistas en la **interpretación** de los acuerdos, intervendrá la Comisión de implementación, seguimiento y verificación del Acuerdo Final de Paz y de resolución de diferencia (CSVV). Como se aprecia, en esto hay un alejamiento enorme respecto del modelo norteamericano donde el derecho lo crean los jueces.

**Quinta.** Se ha criticado la presencia de jueces no colombianos en esa futura jurisdicción para la paz. Hay fariseísmo en esta objeción, ya que proviene de personas que no han dicho nada respecto a tribunales de arbitramento internacionales que económicamente han afectado el erario público. Podría decirse que la presencia de jueces extranjeros afecta el espíritu nacional y sería la prueba de la poca confianza en la judicatura nacional; pero también se puede afirmar que será un contacto sistemático entre juristas colombianos y de otros países y, lo que es más relevante, entre fuentes nacionales con sistemas jurídicos distintos que por el fenómeno de la globalización del derecho permiten un acercamiento recíproco entre el derecho internacional de los derechos humanos y los operadores jurídicos en Colombia.

En otras palabras, la novedad de la justicia transicional se puede enmarcar dentro de una realidad que mezcla lo propio (por el derecho humano a la libre determinación de los pueblos) y lo extranjero (por la internacionalización de los derechos y el escrutinio de la producción jurídica de un país a la luz de

instrumentos y protocolos internacionales). Y se hará eso en una etapa de transición, a nivel mundial, en la cual se derrumban los paradigmas y el modelo de estado liberal proveniente de las revoluciones burguesas ha entrado en crisis pero no se visualiza con claridad la forma más adecuada para remplazarlo.

*Por: Oscar José Dueñas Ruiz*

---

[1] Es lo que se denomina *staredecisis*, o sea que las sentencias crean precedente y la jurisprudencia es fuente auxiliar del derecho

[2] Vulgarmente se dice que una patada en la mesa es más popular que un consenso, esto es propio del populismo de derecha. Razonablemente no es lo mismo opinión publicada que opinión pública; y, en el caso del NO en el plebiscito, a través de las redes, se publicaban opiniones mentirosas y se les daba la proyección de expresiones de la conciencia nacional

[3] En el concepto hebreo la ley es anterior al Estado. “*No es una ley impuesta sino aceptada*”

*voluntariamente. En el episodio del Sinaí el pueblo, jurídicamente hablando, “recién nacido” acepta la Ley sin conocer aún el contenido de sus disposiciones. (Haremos y obedeceremos dijo el pueblo en el Sinaí, sin saber a lo que se obligaba*

*al aceptar*

*esas leyes)” (*

TALMUD Y DERECHO, publicación de la

Universidad de la República de Montevideo, 2005, artículo de Esther Mostovich de Cukerman, pág. 35).

Los griegos sostuvieron lo contrario: que el Estado es primero y luego la ley. Tanto los griegos como la biblia han tenido influencia en la conformación de la llamada civilización occidental.

[4] Por el aspecto conceptual, los griegos apreciaban circularmente el tiempo (no tiene principio ni tiene fin), en el pensamiento judeo-cristiano el tiempo es lineal (pasado, presente futuro), en la cosmovisión indígena el tiempo corre en forma de espiral (pasado, presente, futuro se confunden)

[5] Ver: MICHELE TARUFFO y otros, *La misión de los tribunales supremos*, Editorial Marcial Pons, Madrid, 2016, pág. 282 y ss.

[6] Dice Elio Gallego que “*El siglo XIV favorecedor de la idea subjetiva del derecho como poder exigir a causa de la profunda quiebra en que se halla la sociedad del momento; una obra –Opus Nonaginta Dierum- donde se articula doctrinalmente por vez primera la idea de derecho como fáculas o potestas, y, final y principalmente, una filosofía fundamentadora de este nuevo modo de entender el derecho: el nominalismo”* GALLEGO ELIO,

Tradición jurídica y derecho subjetivo, 2ª impresión, editorial Dykinson, Madrid, 2005, pág. 101. Se refiere a la corriente nominalista de Guillermo de Ockam (moje franciscano) enfrentada a los “universales” seguidores de Tomás de Aquino (dominico). Según Gallego, pág. 102: “

*El nominalismo es la posición filosófica que niega la existencia real de los universales. Se denomina nominalismo por reducir los universales*

*a simples*

*nómina*

*, palabras.*

.....

*Cualquiera puede observar que hay palabras y conceptos que designan o significan no a un único ser*

*sino a una pluralidad de ellos, que constituyen una clase determinada de seres singulares.*

*Respecto de estas palabras y conceptos*

*se puede hablar entonces de conceptos y palabras universales, o sencillamente universales”.*

[7] Ver publicación SURCANDO AMANECERES, historia de los agrarios de Sumapaz y oriente del Tolima, de Laura Varela Mora y Yuri Romero Picón, fondo editorial UAN, Bogotá, 2007

[8] Cita hecha en la introducción del libro *El derecho civil y los pobres* de Anton Menger, Editorial Comaraes, Granada, España, 1998, pág. 7

[9] Existe ENCLAVE cuando una compañía extranjera domina una franja del territorio de un país subdesarrollado para explotar un recurso natural y trasladarlo a un país imperialista para ubicarlo en el mercado mundial

[10] Gaceta Judicial Tomo XXVII, No. 1406, pág. 177

[11] La Corte declaró INEXEQUIBLES los artículos 3º, 4º y 5º del decreto ejecutivo No. 1255 bis porque, según la Corte, no se puede partir de la base de que las minas de petróleo que se hallen en propiedad particular pertenecen hoy a la nación. En dichos artículos, expulsados del mundo jurídico al ser declarados inconstitucionales, el gobierno se atribuyó la facultad de conceder permisos a terceros distintos del dueño para explorar las minas de petróleo en propiedades particulares que no hayan sido objeto de la reserva de la Nación en sus leyes sobre baldíos, y para celebrar contratos de explotación sobre dichas minas, y, en cuanto por el artículo 3º, si se trata de dueños de esas propiedades, el gobierno se reserva el derecho de conceder o no permiso cuando lo estime conveniente

[12] Citado en la investigación PETROLEO Y PROTESTA OBRERA, publicado por la USO.

[13] Gaceta Judicial Tomo XXXVI, No. 1832, pág. 193

[14] Dijo la Corte que para tutelar el orden público se requieren medios preventivos, propios de la función de la policía política como de la policía de seguridad las cuales, en relación con la paz pública, tienen por misión descubrir los planes y confabulaciones secretas, hacerlos malograr antes de que estallen

[15] La sentencia ataca al comunismo cuando en Colombia todavía no se había fundado el partido comunista (eso aconteció en 1930). Es decir que primero fue el anticomunismo que el comunismo

[16] Ver, Itinerario de la jurisprudencia colombiana de control constitucional como mecanismo de protección de derechos humanos, investigación hecha por la Universidad del Rosario, publicada por la Editorial de la Universidad del Rosario, 2009, en cuadro de la pág. 166 se ve que solamente el 19% de las normas de estado de sitio fueron declaradas inexequibles. Además, en forma insólita, la ley 2 de 1958 convirtió en permanente la legislación transitoria del estado de sitio que existió entre 1949 y 1958

[17] Gaceta Judicial No. 2284-96, pág. 53

[18] El derecho de gentes hace parte del derecho público, parte de la base de que existe una sociedad universal del género humano, es afín al derecho natural. Su expresión humanista está en el padre Victoria. El usó y abusó de dicho concepto en la jurisprudencia constitucional de la Corte Suprema, a mediados del siglo XX, consideraba que es de derecho de gentes “*el derecho a la integridad territorial, el derecho a la honra nacional, el derecho a resolver y legislar en asuntos interiores sin interferencias extrañas*” (Agustín Basave Fernández del Valle, Derecho natural derecho de gentes y derecho internacional, [bibliotecahistorico.juridica.unam.mx/libros/1/27/8](http://bibliotecahistorico.juridica.unam.mx/libros/1/27/8))

[19] Desde hace varias décadas, como piedra angular de la negociación colectiva, la doctrina ha distinguido entre conflicto jurídico y conflicto económico. El doctor Alfonso Romero Buj, gran defensor de los trabajadores, como apoderado de SINTRAFEC ante el Tribunal de Arbitramento, el 17 de mayo de 1967, Revista SINTRAFEC, Historia de un conflicto laboral, Chinchiná, 1968, páginas 25 y ss, caracterizó la diferencia, así:

*“...No se trata de saber si el uno versa sobre cuestiones privativamente jurídicas y el otro sobre aspectos económicos, como la interpretación vulgar y anti-científica lo postula. Todo conflicto obrero-patronal tiene un aspecto jurídico y otro económico. No hay petición obrera que no tienda a traducirse en una norma de derecho y que al mismo tiempo implique una consecuencia traducible en dinero, sea mediata o inmediata. El simple reconocimiento de un sindicato, por ejemplo, conlleva repercusiones económicas en detrimento del patrono y en beneficio de los trabajadores, como la no despreciable de ser sujeto activo de la contratación colectiva. Oponiéndose a esta versión infantil, los juristas califican como conflicto jurídico el que pretende aplicar o interpretar un derecho pre-existente (legislativo, convencional o de costumbre) y conflicto de intereses aquél que se orienta a CREAR UN DERECHO NUEVO O A MODIFICAR EL EXISTENTE A FAVOR DE LOS TRABAJADORES. Rodolfo Nápoli, en la obra citada, se pronuncia: ‘Los primeros (de derecho) son concebidos como los que se refieren a la aplicación de un derecho nacido y actual sin importar que ellos surjan de la ley o de un contrato individual o colectivo, y los segundos, como aquellos que hacen mención a una reivindicación que tienda a modificar un derecho existente o crear uno nuevo’ ( Manual de derecho sindical, p.187).El eminente profesor mexicano Mario de la Cueva reproduce en su tratado la definición que da la OIT ‘El conflicto jurídico se refiere a la interpretación o aplicación de un derecho NACIDO Y ACTUAL, poco importa que éste tenga su fuente en una prescripción formal de la ley, o en una disposición de un contrato individual o colectivo. El conflicto de intereses no versa sobre la interpretación de un derecho adquirido, fundado en la ley o en el contrato; es una reivindicación que TIENDE a MODIFICAR un derecho existente o a crear uno nuevo’ (Derecho Mexicano del Trabajo, T.II, p-748)”.*

[20] Carlos Marx, El capital, Libro primero, edición de 1972, Editorial La oveja negra, Bogotá, pág. 10

[21] En similar sentido C-539/11, C-634/11, C-816/11, C-588/12

[22] Para los adinerados de la época ir a Europa era ir a París

[23] Recién creada la Corte Constitucional, la estrategia de la Corte Suprema de Justicia,



frente a aquella, fue la de salvaguardar sus sentencias de casación y no la de defender el sistema jurídico continental europeo

[24] Hoy, la Corte Constitucional, hace lo que el artículo 17 del Código Civil prohíbe: da órdenes generales, establece reglas en la parte motiva de sus providencias, dándole un nuevo rol al juez: el de coautor de políticas públicas, siendo que el artículo 36 del decreto 2591 de 1991 expresamente determina que las sentencias de tutela proferidas por la Corte Constitucional “*sólo surtirán efectos en el caso concreto*” y, siendo que en las sentencias de constitucionalidad, la cosa juzgada se entiende que está en la parte resolutive de los fallos

[25] Decreto reglamentario de la tutela

[26] Coetáneamente se habló de EFECTOS A SIMILI y de EFECTO INTER COMUNES

[27] No puede pasarse por alto que esas Corporaciones, en algunas ocasiones, no escapan a la justicia mediática, con su terrible desviación consistente en la filtración de proyectos de fallo para sondear una opinión pública que se entiende expresada en los comentarios de los periodistas y de los “*tertulianos*”

[28] En el libro LOS DIEZ DIAS QUE ESTREMECIERON AL MUNDO, de Reed, se dice que mientras los proletarios se aprestaban a dar el golpe definitivo al régimen anterior, los intelectuales decían que todavía no era el momento

[29] En el constitucionalismo contemporáneo se preserva al máximo la idea de dignidad, bien sea como valor, como principio o como derecho. Es derecho fundamental en la Constitución de 1991 . La dignidad se califica como un principio constitucional supremo que implica que toda actividad estatal debe estar fundada en la dignidad y su vigencia se actualiza por la labor de los intérpretes constitucionales, dice G. Durig, en *Kommentar Zum GG* Munich, páginas 1 y ss.. La noción de dignidad, en el ámbito constitucional, “ *exige prestaciones positivas del Estado y abstenciones de este mismo en la medida que no debe atentar contra ella*” ( Lucas Verdu, *Estimativa y política constitucionales*, Universidad Complutense de Madrid, 1984, página 111). Por eso, todas las personas son iguales en dignidad y este derecho es integrador de todos los demás derechos fundamentales (así lo considera la Constitución Húngara). En Alemania, desde el planteamiento del Canciller Konrad Adenauer, el 4 de marzo de 1946, recién finalizada la guerra mundial, la dignidad se consideró como un valor insustituible que años después vino a calificarse como un derecho fundamental. Por eso, Alberto Ochlig, en su artículo *Concepto constitucional de la dignidad de la persona*, publicado por la *Revista Constitucional* , No. 91, abril de 2011, página 143, dice que “ *después del constituyente alemán, el hombre, sin protección de la dignidad, no se puede concebir constitucionalmente*”.

La dignidad del hombre es intangible y no solo es un derecho fundamental individual sino que concreta todos los demás derechos (sentencia del Tribunal Constitucional BGerfGE, 93). En consecuencia, la dignidad humana limita los comportamientos de los gobiernos. Si no fuere así, la sociedad sería injusta y el Estado totalitario.

[30] Ver Estudio preliminar de José Luis Monereo Pérez al libro *EL DERECHO CIVIL Y LOS POBRES* de AntonMenger, editorial Granada, Granada, España, 1998, pág. 17

[31] Ibidem, *El derecho civil y los pobres* de AntonMenger, estudio preliminar de José Luis Monereo

[32] Ver GAVIRIA LIEVANO Enrique, *Los Nuevos en la historia de Colombia*, publicación de la Academia Colombiana de Historia, Bogotá, 2010, 1ª Edición

[33] El proyecto provenía desde 1925 y, en las objeciones presidenciales al proyecto se mencionó que la Corte Suprema venía paralelamente adelantando un proyecto de Código

Judicial. Las objeciones fueron tenidas en cuenta y leyes anteriores fueron integradas al Código.

[34] Tenía un importante antecedente en la ley 32 de 1912

[35] En sus trabajos preparatorios intervinieron, entre otros, Rafael Escallón, Timoleón Moncada, Carlos V. Rey, Luis Rueda Concha

[36] TAFUR MORALES FRANCISCO, La Nueva Jurisprudencia de la Corte, editorial Optima, Bogotá, 1939, pág. XI

[37] Un texto de referencia para el cuestionamiento al Código Civil fue el de Bonnecase “L’Ecole de l’Exégése”; y los eruditos, proclamaban en las universidades un rechazo frontal a las orientaciones tradicionales basadas en las enseñanzas de BaudryLacantineri.

[38] Una comisión se formó con la asesoría del profesor francés Julliot De la Morandiere y se publicó un libro (338 páginas):

“*El Ministerio de gobierno y la reforma del Código Civil*

”, donde emitieron su concepto la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado, la Procuraduría General de la Nación, funcionarios de distintos departamentos y hay ensayos de Eduardo Zulueta Angel, Luis Felipe Latorre, Antonio Rocha Alvira, Luis Eduardo Gacharná, Luis Eduardo Nieto Arteta, José J. Gómez, Luis H. Pareja, entre otros.

[39] Revista Cultura jurídica, económica y social, No. 4, 1939, director Manuel Barrera Parra, Bucaramanga, pág.369

[40] Conferencia reproducida por la revista Cultura jurídica, económica y social, dirigida por Manuel Barrera Parra, No. 4, pág. 391, Bucaramanga, 1939

[41] La Corte Suprema, con ponencia de Ricardo Hinestrosa Daza, Liborio Escallón y Hernán Salamanca, le rindió un informe al gobierno manifestando que “ *la opinión de la Corte Suprema de Justicia es favorable a la reforma del Código Civil por medio de leyes que separada y sucesivamente establezcan sobre cada problema la consonancia debida entre la ley escrita y la realidad de nuestra época*”  
[41]

[42] Revista Cultura Jurídica, Económica y Social, 1939, Bucaramanga, No. 2, pág. 119 y ss., director Manuel Barrera Parra

[43] Revista Cultura Jurídica, Económica y Social, 1939, Bucaramanga, No. 1, pág. 43, director Manuel Barrera Parra

[44] Entre ellos José Antonio Montalvo, notable penalista pero político reaccionario

[45] El escepticismo frente a la metafísica, se dio especialmente en el derecho penal (ejemplo, Jorge Eliécer Gaitán)

[46] Como Ministro del gobierno liberal, Arriaga Andrade fue delegado ante uno de los congresos del partido comunista colombiano

[47] Francisco Tafur Morales, La Nueva Jurisprudencia de la Corte, Editorial Optima, Bogotá, 1939, Pág. XXX

[48] Colaboró en el debate de Las Bananeras, que hizo en el parlamento Jorge Eliécer Gaitán

[49] JULIO FERNANDEZ BULTE, Filosofía del derecho, Editorial Félix Varela, La Habana, 2003, pág. XI

[50] La experiencia del proceso constituyente de 1991 tuvo aspectos positivos pero no es la panacea. El presidente Gaviria, soslayó todo lo que surgió del pueblo y limitó la real influencia a los dos partidos tradicionales y a la AD-M19. En la elaboración del núcleo fuerte del texto constitucional estuvieron los asesores del gobierno y algunos asesores de unos pocos constituyentes, más que los constituyentes electos. Y, en la época post-constitucional los constituyentes prácticamente desaparecieron y el espacio fue copado quienes trabajaron en la Corte Constitucional.

[51] O eludiendo los reclamos con la tergiversación de que se trata de simples derechos de petición. Por ejemplo, son miles los fallos en los cuales al aspirante a pensionado solamente se le protege el derecho de petición, lo cual conduce a un efecto perverso porque el organismo gestor toma represalias negándole el derecho a la jubilación

[52] En la T-025 de 2004 ya se había abierto la ruta para ese nuevo rol del juzgador, lo cual permitía cumplimiento de fallos en mayor, menor o poca intensidad

[53] Lo interesante es que en la década de 2010, mientras la jurisdicción constitucional abandona el garantismo, la jurisdicción contencioso administrativa protege, en parte, los derechos laborales; aunque se da la curiosísima situación de que la Sección Segunda del Consejo de Estado profiere fallos, dentro de su jurisdicción, que favorecen los derechos de los trabajadores; y, en el mismo Consejo, la Sección Quinta, los deja sin valor mediante sentencias de tutela, con el argumento de que la jurisprudencia imperante es la que recorta los derechos conferida, últimamente, por la Corte Constitucional

También es interesante anotar que en el Pacto entre insurgencia y gobierno, tangencialmente se toca lo referente a pensiones, siguiéndose las pautas de la ley 100 de 1993 y del A. L. No. 1 de 2005, lo cual es muy discutible

[54] MICHELE TARUFO Y OTROS, *La misión de los tribunales supremos*, Editorial Marcial Pons, Madrid, 2016, pág. 221.

[55] CROSS y HARRIS, *El precedente en el derecho ingles*, Editorial MARCEL PONS, Madrid, 2012,pág. 24

[56] CROSS, pág. 24

[57] CROSS, pág. 24

[58] Las sentencias de los tribunales citaban frecuentemente a los tratadistas y excepcionalmente a la jurisprudencia.

[59] En ese “complejo metodológico”, asimilándose las ciencias sociales a las ciencias naturales, los norteamericanos abogaron por el evolucionismo de Darwin, o sea una jurisprudencia dinámica, y no por el mundo perfecto de Newton, en el cual o la ley o la jurisprudencia o ambas se tornarían estáticas.

[60] Cita tomada de CHRISTOPHER WOLFE, *La transformación de la interpretación constitucional*, Editorial Civitas, Madrid, 1991, pág. 457

[61] CHRISTOPHER WOLFE, obra citada, página 459

[62] CROSS, pág. 24

[63] El temor de un funcionario a ser mal calificado por su superior, convierte el precedente judicial en un “seguidismo” ya que una calificación insuficiente puede afectar la estabilidad laboral

[64] WOLFE Christopher, *La transformación de la interpretación constitucional*, Editorial Civitqas, 1ª Edición, 1991, Madrid, pág. 21

[65] WOLFE, ibídem, pág. 27

[66] Vale la pena recordar que la crisis del capitalismo en 1929 planteó en Europa la modificación de las estructuras del Estado Liberal, para evitar el desplazamiento masivo de los trabajadores hacia el socialismo. El nuevo modelo, el Estado del Bienestar, se edificó sobre tres pilares: salud, pensiones y educación. Se protegió a las víctimas de la crisis del veintinueve y no a los victimarios.

[67] Las dos terceras partes de las acciones de tutela, en Colombia, corresponden a salud y pensiones, es decir, a la seguridad social

[68] Ver boletín de prensa de la Corte Constitucional

[69] La conceptualizar la expresión “nación” es muy difícil. Una respuesta doctrinaria sería que el concepto de nación proviene de las revoluciones burguesas, es decir, es un producto del mundo occidental europeo (ArnoldToynbee). Visión del nacionalismo progresista que luego se pervirtió y lo que se apreció en Europa fue un

“chauvinismo”

reaccionario, por ejemplo, el

“espacio vital” de los nazis; “la carga del hombre blanco” (Kipling)

durante el imperio británico, que en los últimos años resucita con la disculpa de impedir la llegada de refugiados. En Iberoamérica

puede surgir confusión sobre esa idea del nacionalismo como expresión del avance del capitalismo

porque en el siglo XIX

no hubo revoluciones burguesas en nuestra región

que permitieran el desarrollo del capitalismo industrial y la organización del Estado-Nacional.

Como en Iberoamérica, en la época de la independencia,

no existía una clase burguesa porque

la producción estaba en la etapa precapitalista, entonces las élites, subjetiva y objetivamente, eran dependientes, económica e ideológicamente, de la metrópolis europea, como diría Sartre

“burguesías de hojalata”. Elites que en el Congreso de Cúcuta de 1821 adoptarán un modelo europeizante y se apartarán del ideario de Simón Bolívar quien sí tenía una idea de nación y liberación.

La preferencia de las élites criollas se orientó hacia la organización del Estado, dejando una nación a medias.

[70] En el Preámbulo se reconoció como derechos fundamentales los DESC; se agregó que es fundamental el derecho a la no repetición y los que se rigen por el derecho internacional consuetudinario.

En la Introducción, dentro de los afectados por el conflicto están los sindicalistas.

[71] En el capítulo sobre Reforma Rural Integral se reconoce que hay una cuestión no resuelta de la propiedad sobre la tierra y particularmente su concentración, en cumplimiento de su función social por el bienestar y el buen vivir, dándole especial protección al pequeño y mediano propietario agrícola. Menciona el desarrollo jurisprudencial favorable al trabajador.



[72] La Corte Constitucional, desde su nacimiento, le dio mucha importancia a la normatividad internacional

[73] El problema, sobre el tratamiento de la verdad, radica en el acudimiento a las corrientes idealistas y a la idolatría de palabras ideadas por los juristas.

El filósofo Hoewing,

en la Universidad INCCA, dijo, al referirse al idealismo,

al neopositivismo lógico (que se edifica sobre el léxico) y al materialismo:

*“La teoría dialéctica materialista de la verdad y de su criterio tiene una ventaja muy importante. Ella se inclina en favor de la revisión*

*de la verdad con base en un criterio objetivo. Con esto, hace libre la verdad de la arbitrariedad de los hombres. Al contrario de esto, el idealismo tiene otra concepción.*

*Algunos dicen que la verdad debe ser revisada en las llamadas frases protocolares (Neurath, Carnap); se trata de expresiones acerca de hechos*

*que generalmente no necesitan confirmación. Pero, idealistas mismos llegaron a la conclusión de que estas frases no están*

*libres de expresiones subjetivas y del error. Por eso, ellas pueden ser la base*

*para la manipulación de la verdad. Esto es obvio especialmente cuando se dice*

*(Popper) que a través de la convención se fija qué debe ser válido como frase básica, es decir, como criterio para examinar*

*la verdad. Recalquemos*

*la diferencia: las frases son fijadas (por convenio) como criterio no establecido.*

*Aquí queda abierta la puerta*

*para toda forma de arbitrariedad. Esto muestra claramente la diferencia frente a la concepción dialéctico materialista”.*

Verdad y argumentación deberían ser inseparables.

[74] Es de aclarar que Núñez no acudió a los nueve Estados Soberanos porque en cinco de ellos mandaban los liberales (sus contradictores políticos) y por eso se apoyó en el poder local, municipal.